

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ELHEOVANDRO JOSÉ DOS SANTOS

**A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:
UMA PERSPECTIVA SOB A LUZ DOS CASOS GOMES LUND E
VLADIMIR HERZOG**

**SANTA MARIA, RS
2023**

Elheovandro José dos Santos

**A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:
UMA PERSPECTIVA SOB A LUZ DOS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR
HERZOG**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,
RS), como requisito parcial para obtenção do
título de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Professor Doutor Fernando Hoffmam

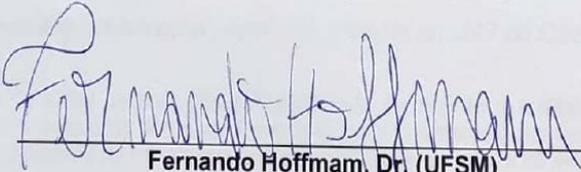
Santa Maria, RS
2023

Elheovandro José dos Santos

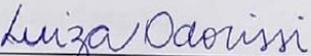
**A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:
UMA PERSPECTIVA SOB A LUZ DOS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR
HERZOG**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,
RS), como requisito parcial para obtenção do
título de **Bacharel em Direito**.

Aprovada em 09 de janeiro de 2023:



Fernando Hoffmam, Dr. (UFSM)
(Presidente/Orientador)



Luiza Ferreira Odorissi Dra. (UNISC)



Triciele Radaelli Fernandes (Mestranda PPGD UFSM)

Santa Maria, RS
2023

DEDICATÓRIA

A Elvira Alves de Souza dos Santos (in memoriam), minha avó, por ter sido uma das pessoas mais incríveis que tive a oportunidade de conhecer e por todo o incentivo que me foi prestado.

AGRADECIMENTOS

A meus pais por todo o apoio e carinho que me foi incondicionalmente dado;

Ao professor Dr. Fernando Hoffmam, pela humildade que me acolheu como orientando, seu apoio e orientações foram decisivos para a conclusão deste projeto;

Aos colegas pela parceria, companheirismo e diálogos enriquecedores, dos quais já tenho saudades, pois suas presenças e amizade tornaram essa caminhada bem mais prazerosa e amena;

Aos meus professores por todos os ensinamentos, sem os quais jamais teria chegado aqui.

A Alexandra Cristina de Lima da Silva, minha amada esposa pelo companheirismo, carinho e atenção a mim prestados durante essa jornada e sua família, por todo o incentivo e ajuda que me foi concedido;

E finalmente a Deus que iluminou o meus passos durante esta caminhada.

EPÍGRAFE

São os historiadores que conferem
imortalidade aos homens.

Paula Simone Bolzan

RESUMO

A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA SOB A LUZ DOS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR HERZOG

AUTOR: Elheovandro José dos Santos
ORIENTADOR: Prof. Dr. Fernando Hoffmam

A segunda metade do século XX, foi marcada pela instauração de diversas Ditaduras Militares na América Latina. Esse processo começou em 1954, com os regimes militares na Guatemala e no Paraguai e só teve fim em 1990, com a queda de Augusto Pinochet e a extinção da Ditadura Chilena. No Brasil, os militares ascenderam ao poder após a deposição do presidente João Goulart (Jango) em 31 de março de 1964. Em 1º de abril de 1964 iniciou um regime que durou mais de 20 anos, e que só no dia 15 de março 1985 teve seu fim com a posse do presidente José Sarney, primeiro civil a ocupar o posto mais alto do Executivo Nacional em mais de duas décadas. Fechados os portões dos regimes ditatoriais, ganhou força a busca por reparações às vítimas dos excessos cometidos pelos agentes estatais e pela responsabilização de tais agentes pelos crimes por eles cometidos. Essa tentativa de responsabilização jurídica daqueles que cometeram crimes contra humanidade, ganhou o nome de Justiça de Transição. Este processo de cunho internacional, recebeu esse nome por se tratar de um conjunto de mecanismos jurídicos ou não, apresentados pós-ditaduras, portanto durante a transição dos regimes militares para os regimes democráticos, que tem por finalidade responsabilizar os agentes e Estados pelos excessos cometidos contra os direitos humanos. Além disso, visa também resgatar a memória e a verdade dos acontecimentos durante os regimes militares. Esta pesquisa tem como objetivo entender através de diferentes bibliografias como tem acontecido o processo de efetivação da Justiça de Transição brasileira. Para aferir tal efetividade foi analisado o papel da Comissão Nacional da Verdade criada em 2011, os casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, casos que ensejaram condenações do Estado Brasileiro junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH), bem como diferentes normas jurídicas, entre elas a Lei da Anistia de 1979 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153 (ADPF 153). Através do exame desses distintos institutos foi possível observar, que no caso brasileiro, destaca-se muito mais a (in)efetividade da Justiça de Transição do que sua efetividade.

Palavras-chave: Ditadura Militar – Justiça de Transição – Direitos Humanos – (In)efetividade.

ABSTRACT

THE (IN)EFFECTIVENESS OF TRANSITIONAL JUSTICE IN BRAZIL: A PERSPECTIVE UNDER THE LIGHT OF THE GOMES LUND AND VLADIMIR HERZOG CASES

AUTHOR: Elheovandro José dos Santos

ADVISOR: Prof. Dr. Fernando Hoffmam

The second half of the 20th century was marked by the establishment of several Military Dictatorships in Latin America. This process began in 1954, with the military regimes in Guatemala and Paraguay, and only ended in 1990, with the fall of Augusto Pinochet and the end of the Chilean Dictatorship. In Brazil, the military came to power after the deposition of President João Goulart (Jango) on March 31, 1964. On April 1, 1964, a regime began that lasted more than 20 years, and that only on March 15, 1985 came to an end with the inauguration of President José Sarney, the first civilian to hold the highest post in the National Executive in over two decades. With the gates of dictatorial regimes closed, the search for reparations to the victims of the excesses committed by state agents and for the accountability of such agents for the crimes committed by them gained strength. This attempt at legal accountability of those who committed crimes against humanity was named Transitional Justice. This process of an international nature, received this name because it is a set of mechanisms, legal or not, presented after dictatorships, therefore during the transition from military regimes to democratic regimes, which aims to hold agents and States accountable for the excesses committed against human rights. In addition, it also aims to rescue the memory and the truth of the events during the military regimes. This research aims to understand, through different bibliographies, how the process of implementing the Brazilian Transitional Justice has taken place. To assess such effectiveness, the role of the National Truth Commission created in 2011, the cases of Gomes Lund and Vladimir Herzog, cases that led to convictions by the Brazilian State before the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), as well as different legal norms, including them the Amnesty Law of 1979 and the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept N° 153 (ADPF 153). Through the examination of these different institutes, it was possible to observe that, in the Brazilian case, the (in)effectiveness of the Transitional Justice stands out much more than its effectiveness.

Palavras-chave: Military Dictatorship – Transitional Justice – Human Rights – (In)effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CEMDP	Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CORTEIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
FFAA	Forças Armadas Brasileiras

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO MEDIDAS DURANTE E APÓS A DITADURA CIVIL - MILITAR.....	14
2.1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: EM BUSCA DE UM CONCEITO.....	14
2.2 DIÁLOGO ENTRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	17
2.3 PLANO DE CONSTITUCIONALIDADE E O COTEJO COM A JUSTIÇA TRANSICIONAL BRASILEIRA.....	23
3 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, LEI DA ANISTIA E ADPF Nº 153	29
3.1 A CRIAÇÃO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E SEU PAPEL ENQUANTO BRAÇO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA.....	29
3.2 A LEI DA ANISTIA E A ADPF Nº 153, IMPLICAÇÕES NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA.	39
4 - A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA EM FACE AOS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR HERZOG.....	46
4.1 OS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR HERZOG	46
4.2 A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DO BRASIL FRENTE AO ESTABELECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ...	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por inúmeras crises políticas, no caso da América Latina, essas crises ensejaram a partir da década de 1950 a instauração de diversos regimes ditatoriais. O Brasil experimentou o dissabor de viver sob um regime autoritário, esse regime começou no dia 1º de abril de 1961, um dia após a deposição do então presidente João Goulart (Jango) e só teve fim no dia 15 de março de 1985, data da posse de José Sarney, eleito como vice-presidente na chapa com Tancredo Neves, presidente eleito, mas que na data da posse estava internado no Hospital de Base de Brasília e que viria a falecer no dia 21 de abril do mesmo ano. A posse de Sarney pôs fim a uma sequência de cinco mandatos presidenciais com presidentes militares, mais do que isso marcou o início da fase pós-ditadura no país.

Os excessos cometidos pelos militares e especialmente como a justiça passou a entendê-los após o fim do desse período, sempre foram fruto de curiosidade. Foi nesse cenário, que optou-se tratar sobre como a justiça brasileira tem atuado frente a busca, pela reparação às vítimas dos excessos cometidos pelos agentes do Estado durante o período ditatorial e na luta pela responsabilização dos crimes cometidos por tais agentes. Assim evidenciou-se que o tema tem complexidade e importância de ordem histórica, jurídica e política no cenário nacional, por tratar de justiça, memória e verdade.

Este processo, empreendido especialmente pós-regimes militares, recebeu o nome de Justiça de Transição. O tema justiça transicional não é novo, atualmente existe ampla literatura que trata de muitas das questões que serão aqui colocadas, mas isso não desvaloriza a sua importância nem a sua urgência de tratar sobre o tema. Sobretudo, por que uma vez que hoje, ainda muito encontra-se em aberto no que diz respeito à Justiça de Transição (para a democracia) no Brasil.

Tal observação, por sua vez, leva a inúmeros outros questionamentos como: qual o conceito de Justiça de Transição, como é estabelecido o diálogo entre a justiça transicional brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH). De que forma é feito o Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade em nosso país em face às demandas internacionais impostas pela Justiça de Transição. Qual o papel da Comissão Nacional da Verdade (CNV) na justiça transicional brasileira. Quais as implicações da Lei 6.683 de 1979, conhecida

como Lei da Anistia e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153 (ADPF 153) que confirmou a validade da referida lei no movimento transicional da nação. Como as condenações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH) nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog afetaram a Justiça de Transição no Brasil, e por fim, qual a efetividade dessa forma de justiça no nosso país.

Os métodos de procedimentos usados durante a elaboração do trabalho foram o monográfico e o estudo de caso. Como técnica de pesquisa utilizou-se a pesquisa teórico bibliográfica, desenvolvida através de livros e artigos acadêmicos que versam sobre Justiça de Transição, Lei da Anistia, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153, Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade e a Comissão Nacional da Verdade. Também foi utilizada a pesquisa documental através de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, legislações pátrias, além de decisões dos tribunais nacionais que se enquadram na Justiça de Transição. Enquanto método, o estudo de caso, teve foco nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, cuja finalidade foi averiguar quais e como foram as medidas adotadas pela justiça brasileira frente a esses casos e qual foi o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos diante dessas medidas. Quanto ao método de abordagem adotou - se preponderante o uso do método indutivo, haja vista, que foi analisada a aplicação das leis que se enquadram na chamada Justiça de Transição, sua (in)efetividade e o diálogo construído entre a Justiça de Transição Brasileira e o Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O primeiro passo foi fazer um levantamento das referências bibliográficas a respeito da Justiça de Transição. Muitos foram os autores lidos, porém, alguns foram usados de forma direta, como aporte teórico base para a construção de um referencial teórico que serviu como ponto de partida para este estudo. Dentre esses autores é possível destacar: Almeida e Torrelly (2010), Canabarro (2017), Carvalho, Guimarães e Guerra (2016), Genro e Abraão (2010), McArthur (2012), Monteiro e Guerra (2018), Piovesan (2013), Saflate (2013), Santos (2017) e Wicher (2014).

Após a realização dessa revisão bibliográfica partiu-se para a análise da legislação pertinente, onde foram estudadas em especial as leis: Lei da Anistia, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153, Lei do Anistiado

Político e a Lei 12.525/2001, lei que criou a Comissão Nacional da Verdade. O foco desta análise esteve em determinar um conceito para a expressão Justiça de Transição. Após isso tentou-se entender quais medidas foram adotadas no contexto da justiça transicional brasileira e quais entraves encontrados na adoção dessas providências. Vencido o exame das legislações citadas, partiu-se para o estudo dos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, estudo realizado a partir das sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O mesmo foi feito com a finalidade de compreender como a CORTE IDH observa a atuação do Brasil no que tange a excessos cometidos pelo Estado e seus agentes durante a ditadura e quais ações foram adotadas pelo governo federal para cumprir ou não as sentenças da Corte. Por fim foram analisadas algumas decisões de tribunais nacionais, cujo escopo foi demonstrar a (in)efetividade da Justiça de Transição do Brasil.

Na elaboração do trabalho, optou-se por dividir o mesmo em três capítulos. O primeiro capítulo, intitulado “A Justiça de Transição Medidas Durante e Após a Ditadura Civil – Militar”, está subdividido em três subcapítulos. O primeiro tem como título “Justiça de Transição: em Busca de um Conceito”, nele é apresentada a construção acerca de um breve histórico de como o Brasil imergiu em um regime ditatorial e o que pode ser entendido como conceito de Justiça de Transição. Quanto a este ponto, o que ficou mais evidente é que não existe um conceito fechado para Justiça de Transição. Isso se dá ao fato, de que embora todos os processos pós-ditadura guardem algumas semelhanças, eles não são iguais, dessa forma cada país experienciou com características próprias esse processo. O segundo subcapítulo intitulado como “Diálogo Entre a Justiça de Transição Brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” traz o entendimento do Direito Internacional na necessidade de punir não somente Estado pelos abusos cometidos contra os direitos humanos, mas também os executores de tais abusos. Também algumas medidas adotadas pelo Estado brasileiro que se enquadram na dita Justiça de Transição, medidas como: ter assumido na década de 1990 que os desaparecidos da Ditadura na foram assassinadas durante o regime ditatorial. O Regime do Anistiado Político instituído pela Lei nº 10.559 de 13 de novembro de 2002 e a publicação em dezembro de 2009 do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3), que trouxe em seu Eixo Orientador VI a previsão da criação de uma Comissão Nacional da Verdade. O terceiro subcapítulo “Plano de Constitucionalidade e o Cotejo com a Justiça Transicional Brasileira” destaca às

questões ligadas ao Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade. Ganha destaque especial aqui a não aplicação do Controle de Convencionalidade por parte do governo brasileiro em relação à Lei da Anistia de 1979 e as consequências dessa ação para justiça transicional do país.

O Segundo capítulo, intitulado “Comissão Nacional da Verdade, Lei da Anistia e ADPF Nº 153”, foi dividido em dois subcapítulos. O primeiro deles “A Criação da Comissão Nacional da Verdade e seu Papel Enquanto Braço da Justiça de Transição” trata especificamente da criação da Comissão Nacional da Verdade sua atuação enquanto braço da Justiça de Transição Nacional. O segundo por sua vez, cujo título é “A Lei da Anistia e a ADPF Nº 153 Implicações na Justiça de Transição Brasileira” destaca a Lei da Anistia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153, votada pelo Supremo Tribunal Federal, e que por maioria de votos referendou a validade da Lei da Anistia em sua totalidade, como obstáculos à efetividade da Justiça de Transição Brasileira.

O terceiro e último capítulo, “A (In)efetividade da Justiça de Transição Brasileira em Face aos Casos Gomes Lund e Vladimir Herzog”, está dividido em dois subcapítulos, o primeiro deles “ Os casos Gomes Lund e Vladimir Herzog” trata especificamente a respeito dos julgamentos dos Casos Gomes Lund e Vladimir Herzog e da condenação do Estado brasileiro por desconsiderar os tratados internacionais sobre direitos humanos. O segundo subcapítulo “A (In)efetividade da Justiça de Transição do Brasil Frente ao Estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” esclarece que foi justamente a falta de efetividade da justiça transicional do Brasil que levou às condenações junto a Corte IDH. Por fim são apresentadas algumas decisões do judiciário nacional que corroboram com essa (in)efetividade tão marcante na Justiça de Transição brasileira.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO MEDIDAS DURANTE E APÓS A DITADURA CIVIL - MILITAR

2.1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: EM BUSCA DE UM CONCEITO

O século XX foi marcado pela instauração de regimes autoritários em vários países da América Latina, entre esses países figura o Brasil. Os primeiros atos da implantação de um regime ditatorial no Brasil, puderam ser observados no início da década de 1960 quando o então vice-presidente João Goulart (Jango) assumiu a cadeira presidencial após a renúncia do presidente Jânio Quadros. A ascensão ao posto mais alto do executivo brasileiro não foi pacífica, contudo, depois de muita negociação entre as forças apoiadoras de Jango e os militares que faziam oposição a ele, ficou estabelecido que Jango cumpriria seu mandato. Entretanto, João Goulart não terminou seu governo, haja vista, que no dia 31 de março de 1964 ocorreram uma série de eventos que culminaram na deposição do então presidente, por parte dos militares. Esse Golpe de Estado empreendido pelos militares colocou-os no poder em 1º de abril e marca o início de um regime que durou até o ano de 1985 quando o então deputado Tancredo Neves foi eleito presidente.

O Governo Militar se sustentou no poder por mais de duas décadas, durante esse período governaram o país cinco presidentes militares. Aconteceram inúmeras violações dos Direitos Humanos durante a Ditadura Civil-Militar, essas violações e a legislação que trata delas são objetos deste trabalho, assim busca-se agora uma definição preliminar do conceito de Justiça de Transição e posteriormente quais seus efeitos e suas principais dificuldades no território brasileiro.

Conforme já exposto durante os anos de 1964 a 1985 imperou no Brasil um Regime Autoritário, onde a repressão aos opositores desse regime foi algo que engendrou frequentes violações dos direitos humanos, por parte dos agentes do Estado. Após a reabertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988, teve início um processo de abertura de arquivos de órgãos públicos, busca por reparação dos danos por meio de indenizações aos atingidos pelo regime militar e a instauração da Comissão da Verdade. Essas são algumas das medidas que fazem parte da denominada Justiça de Transição.

A Justiça de Transição está inserida em um processo maior experimentado pelos países que vivenciaram um período transicional entre os regimes não

democráticos e os regimes democráticos. Todos os países que passaram por este movimento pós-ditaduras, trazem algo em comum, justamente a violação dos direitos humanos, a cerca disso Torrely (2010) destaca que:

Inobstante, existe sim um elemento comum a todas essas transições, e o modo de lidar com ele ensejou a criação de inúmeros tratados e resoluções internacionais, além de centenas de leis e processos nacionais e regionais, culminando na formulação de um conceito contingente de justiça a ser aplicado nos casos concretos. O elemento comum, de toda sorte, é negativo: trata-se do acervo de violações a regras de proteção mínimas e fundamentais dos direitos humanos cumuladas com a ação estatal ou de grandes grupos organizados no território estatal voltada ao empreendimento dessas violações. Resta de comum a todos estes processos transicionais, portanto, a necessidade de restabelecer um Estado de Direito e, a um só tempo, equacionar as violações empreendidas em nome deste mesmo Estado no período de exceção e autoritarismo. (ALMEIDA; TORELLY. 2010, p. 38)

Esse traço em comum é justamente o ponto que liga todos os países que passaram pelos regimes autoritários. Também é ele que deu vazão à necessidade da elaboração de uma vasta gama de leis, diretrizes e acordos regionais, nacionais e internacionais a serem aplicados nos diferentes casos concretos. A Justiça de Transição é algo dinâmico que está em construção para atingir seu objetivo final que é auxiliar no restabelecimento de um Estado de Direito.

Para que haja o entendimento de forma mais completa do que é a Justiça de Transição é necessário que se busque uma definição mais ampla desse conceito em autores que tratam do assunto. Dessa forma Torrely (2010) aponta que:

Verifica-se, portanto, que a ideia de “justiça” presente no termo difere daquela apresentada em conceituações abstratas de justiça, como, por exemplo, uma concepção rawlsiana (Rawls, 2002), uma vez que o ponto de partida é eminentemente concreto e contingente, de tal feita que o conhecimento do processo genealógico da ideia de justiça de transição importa para a localização histórica de seus conteúdos, fontes de normatividade e referenciais no direito positivado, uma vez que os casos concretos de transições é que modularam, no tempo, o próprio escopo do conceito. (ALMEIDA; TORELLY. 2010, p. 39).

A partir da colocação da autora pode-se inicialmente compreender que a Justiça de Transição, não deve ser confundida com a ideia de justiça de um modo geral. Isso por que o conceito está ligado a um processo histórico que tem início em um regime ditatorial e passa para uma pós-ditadura.

A autora Cecília Macdowell Santos, relata a partir de seus estudos que o termo Justiça de Transição não é algo pronto, definido e passível de aplicação. Isso

por que existem segundo ela, diferentes fases de Justiça de Transição, a respeito disso, Santos (2010) escreve que:

Em sua genealogia da justiça de transição desde o final da II Guerra Mundial, Teitel (2003) identifica três fases: a primeira, que é marcada pelos Tribunais de Nuremberg, criou importantes precedentes jurídicos, mas foi *sui generis*. A segunda fase refere-se às transições para a democracia na América Latina e à queda do comunismo no bloco soviético a partir dos anos 1980. Esta fase caracterizou-se pela democratização combinada com algumas medidas de transição e a privatização da economia, deixando-se a cargo da iniciativa individual a litigância. A terceira e atual fase caracteriza-se pela normalização e globalização do paradigma de justiça de transição, com um consenso em torno da necessidade de se lidar com o passado. (SANTOS, 2010, p.129)

Com as colocações da autora foi possível compreender que, como existem diferentes fases desse processo, caracterizados pelas diversas peculiaridades históricas de cada sociedade, não é plausível delegar um conceito de Justiça de Transição que se adeque a todos os processos que se enquadram nesse tipo de justiça. No caso da América Latina, território que teve a instauração de muitos regimes ditatoriais em um curto espaço de tempo entre um país e outro, existem algumas semelhanças que podem ser apresentadas, a respeito disso Genro (2010), explica que:

A sucessão de regimes repressivos e autoritários, ditatoriais e/ou totalitários que avassalaram a América Latina, entre meados dos anos 60 e 80, ainda não foi tratada de forma sistemática por nenhum regime democrático em processo de afirmação do continente. Isso se justifica, de uma parte porque todas as transições políticas para a democracia foram feitas sob compromisso. De outra porque a democracia expandiu-se mais como “forma” do que como “substância”. Na verdade, nenhum dos regimes de fato foi derrotado ou derrubado por movimentos revolucionários de caráter popular; logo, os valores que sustentaram as ditaduras ainda são aceitos como “razoáveis” para a época da guerra fria, e também face às “barbáries também cometidas pelos resistentes de esquerda”. (GENRO, 2010, p.18)

Após a busca por uma definição de Justiça de Transição, o que se pode concluir é que não existe um modelo pronto, fechado que se adeque a todos os processos semelhantes em todas as sociedades. Mas sim, que é possível guardar semelhanças entre alguns processos como os que ocorrem e se enquadram na referida forma de Justiça, na América Latina. Contudo, existe um ponto que converge na referida justiça nos mais diferentes países, esse ponto é a busca por respostas às violações contra os Direitos Humanos que ocorreram durante os períodos das ditaduras. Dessa forma, fica evidenciado que não é possível

apresentar um conceito fechado do que é Justiça de Transição, porém pode-se considerar que ela se apresenta como uma gama de mecanismos jurídicos ou não que tem como propósito responsabilizar os agentes e Estados pelas ações contra os Direitos Humanos, bem como resgatar a memória e a verdade sobre os acontecimentos empreendidos durante as ditaduras, bem como evitar que tais atrocidades voltem a ocorrer.

Posterior a este breve entendimento do que trata a Justiça de Transição, optou-se por analisar algumas de suas resoluções, ações e dificuldades que ela vem encontrando, isso no caso do Brasil.

2.2 DIÁLOGO ENTRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Antes de tratar especificamente da Justiça de Transição pátria e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se faz imprescindível diferenciar Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH), Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Convenção Americana.

No ano de 1948 foi fundada em Bogotá, na Colômbia a Organização dos Estados Americanos (OEA), através da Carta de Bogotá que entrou em vigor em dezembro de 1951. A Organização tem como finalidade, alcançar nos Estados Membros, conforme o artigo 1º da Carta, “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada em 1959 e é um órgão da OEA que tem por escopo ser responsável pela promoção e pela proteção dos direitos humanos.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Essa convenção tem como objetivo conferir condições para que todos os seres humanos possam usufruir de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A Convenção Americana sobre direitos humanos entrou em vigor em 1978, ao entrar em vigor ela definiu atribuições e procedimentos a CIDH e criou a CORTE

IDH, órgão que foi instalado em 1979. A CORTE IDH é um dos três tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, configura-se como uma instituição judicial autônoma, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. A Corte exerce uma função Contenciosa, dentro do que se encontra a resolução de Casos Contenciosos e o mecanismo de Supervisão de Sentenças; uma Função Consultiva; e a função de proferir Medidas Provisórias. Esclarecida a diferença entre os órgãos de promoção e proteção dos direitos humanos na América, é possível prosseguir.

O período pós-regimes autoritários foi marcado por diversos tratados e resoluções internacionais, cujo objetivo é a responsabilização daqueles que ultrapassaram os limites dos direitos humanos e empreenderam práticas criminosas em relação a opositores dos regimes então instaurados.

Dentro dessa perspectiva viu-se como necessidade estabelecer punições não somente para os Estados, haja vista, que as mesmas eximiam outros agentes de responsabilizar-se por seus atos e crimes cometidos durante o estado de exceção. Assim sendo, foi preciso que as cortes interamericanas adotassem um regime de responsabilização individual, onde não apenas o Estado tivesse que arcar com consequências dos excessos cometidos durante as ditaduras, mas também os agentes que empreenderam tais excessos, a respeito disso Sikkink (2011) destaca que:

Após o período de consolidação e proliferação de tratados de direitos humanos no interregno posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, dos anos de 1980 em diante, percebeu-se que a simples responsabilização internacional do Estado por atos de violação não seria suficiente, impondo-se a necessidade de responsabilização individual daqueles que estavam pessoalmente envolvidos em ações de violação de direitos fundamentais, em especial, quando vinculados a atentados à integridade física, tortura, homicídio e genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Nesse sentido, à responsabilidade do Estado enquanto ente político soberano somou-se a responsabilidade penal individual por meio da convergência entre os direitos humanos, o Direito Penal Internacional e o Direito Penal interno, em um sistema de individualização do “Direito Internacional” (SIKKINK, 2011, p.42-43).

Dentro dessa perspectiva a justiça internacional passou a tratar os casos de abusos durante os períodos ditatoriais como responsabilidade não apenas do Estado, mas também daqueles que estavam a servido do Estado e que assumiram papel de executores de tais abusos. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) ao posicionar-se sobre a forma de tratar os crimes realizados

durante as ditaduras, valeu-se do Pacto de San José da Costa Rica e daquilo que ele dispõe a respeito da garantia à vida, tratamento humano, liberdade pessoal e segurança. Ao adotar tal posicionamento acabou explicitando a Justiça de Transição como um âmbito da justiça que tem por escopo a defesa da memória, da justiça, da verdade, da reparação em relação às vítimas e seus parentes e a reformulação institucional no que tange ao tratamento em relação aos crimes cometidos contra os direitos humanos durante as ditaduras.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem como baluarte aquilo que o Direito Internacional visa garantir, ou seja, assegurar e ampliar a proteção dos direitos humanos, sobretudo no que tange os Estados onde as normas jurídicas sejam desfavoráveis aos indivíduos. A respeito disso, McArthur (2012) estabelece que:

...inegável vigência de complexo arcabouço normativo internacional de proteção da dignidade humana, em seus mais diversos e indivisíveis aspectos. Normas que, centradas na existência humana, definem padrões universais mínimos para a realização digna desta existência. É esta a razão de ser de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o qual guarda, com o direito interno dos Estados, relação clara e não mais questionável de complementaridade: o direito internacional assegura e amplia a proteção dos direitos humanos em casos em que o direito interno seja menos favorável, ou não garanta a observação dos padrões universais mínimos. (MCARTHUR, 2012, p.102 -103).

Dessa forma, a Corte IDH ao adotar medidas relativas aos excessos cometidos durante as ditaduras, busca sempre, estabelecer padrões que protejam os indivíduos e punam os responsáveis pelos crimes cometidos. Os Estados que tutelam tais medidas devem encaminhá-las em convergência com o que determina a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Estado brasileiro adotou diversas medidas dentro da dita Justiça Transicional, entre elas é possível destacar o fato do Estado ter assumido, ainda durante a última década do século XX, que os desaparecidos da Ditadura na verdade eram mais do que simples pessoas desaparecidas, eram indivíduos que foram assassinadas durante o regime ditatorial. A importância desse posicionamento por parte do Estado, é que a partir dele, foi possível que os familiares dos desaparecidos pudessem solicitar as devidas reparações junto ao governo brasileiro. Reparções essas que vão além do campo econômico, isso porque além das indenizações financeiras, após o Estado reconhecer que os desaparecidos durante a

ditadura foram assassinados, há uma reparação moral e psicológica para com os familiares das vítimas da Ditadura Civil-Militar brasileira.

Ainda na década de 1990 foi promulgada no dia 04 de dezembro de 1995 a Lei 9.140, a mesma reconheceu 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. Essa normativa possibilitou que o Estado passasse a indenizar os familiares dos mortos e desaparecidos políticos da Ditadura Militar. Essa mesma lei criou em seu artigo 4º a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), de acordo com esse artigo, essa comissão tinha como atribuições:

I - proceder ao reconhecimento de pessoas:

- a) desaparecidas, não relacionadas no Anexo I desta Lei;
- b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, tenham falecido por causas não-naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; [\(Redação dada pela Lei nº 10.875, de 2004\)](#)
- c) que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; [\(Incluída pela Lei nº 10.875, de 2004\)](#)
- d) que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de seqüelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público; [\(Incluída pela Lei nº 10.875, de 2004\)](#)

II - envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados;

III - emitir parecer sobre os requerimentos relativos a indenização que venham a ser formulados pelas pessoas mencionadas no art. 10 desta Lei.

Embora cause estranhamento utilizar o termo tinha, no sentido passado, esse se adequa perfeitamente ao contexto atual, sobretudo porque no dia 16 de dezembro de 2022 em sessão extra da comissão foi aprovada a extinção Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) que até então estava ligada ao Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos. A comissão cuja função era a investigação dos crimes cometidos durante a ditadura foi extinta por votação dos seus membros. A sessão extraordinária foi convocada pelo presidente do órgão, o advogado Marco Vinicius Pereira de Carvalho, assessor da ex-ministra Damares Alves e defensor do regime militar. Além de Marco Vinicius o representante da sociedade civil Paulo Fernando Melo da Costa; o representante das Forças Armadas, Jorge Luiz de Assis; e o deputado federal Filipe Barros (PL-SP), representante da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados

votaram favoráveis à extinção da CEMDP. Votaram contra e foram voto vencido o representante do MPF, Ivan Claudio Marx; a representante de parentes dos desaparecidos, Diva Soares Santana; e a representante da sociedade civil Vera da Silva Paiva. Fundamental ressaltar que os quatro integrantes da comissão que votaram a favor da extinção da mesma são ligados a Jair Bolsonaro, então presidente à época da extinção.

A abolição da comissão em questão tende a ser discutida judicialmente, vide que a criação da mesma estava prevista nas disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, onde já havia previsão do reconhecimento e da responsabilidade do Estado no desaparecimento e na morte de presos políticos. Quanto à decisão de extinguir a comissão o Instituto Vladimir Herzog emitiu nota destacando que “Extinguir um órgão que está previsto na Constituição de 1988 e que foi criado por lei, além de uma grave violação à legislação brasileira, é mais um ato arbitrário e ilegal que fere a competência do Congresso”.

A extinção da CEMPD é uma clara demonstração do distanciamento entre as ações contidas no que insere como Justiça de Transição em nível de Brasil em comparação com o que tem sido adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto diversos países tem buscado dar uma resposta no que tange os excessos durante as ditaduras, o Brasil parece estar sempre aquém desses países e muitas vezes andar na contramão, algo que fica evidenciado em casos como da cessação dos trabalhos feitos pela CEMPD.

Além de promulgar a Lei 9140, o presidente Fernando Henrique Cardoso adotou no ano de 2002 a Medida Provisória nº 65 que Regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecendo o Regime do Anistiado Político pela Lei nº 10.559 de 13 de novembro de 2002. Tal regime estabeleceu diversos direitos aos anistiados políticos da ditadura, acerca disso, Canabarro (2017) destaca que:

Na Lei nº 10.559 de 13 de novembro de 2002, foi regulamentado o artigo 8º do ADCT que estabeleceu o Regime do Anistiado político. O mesmo implica no reconhecimento dos direitos: declaração da condição de anistiado político; reparação econômica de caráter indenizatório, em virtude de punição ou ameaça de punição sofrida durante o período do regime civil-militar brasileiro; contagem de tempo de serviço do profissional que foi compelido a se afastar de suas atividades; conclusão de curso para estudantes que foram obrigados a abandonar os estudos e reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos por motivos políticos. (CANABARRO, 2017, p. 02).

Esse conjunto de medidas traz um simbolismo significativo tanto para as vítimas e suas famílias quanto para a sociedade em geral. Isso ocorre principalmente por que ele não se caracterizou por ações meramente indenizatórias, mas retratou-se moralmente e devolveu aos familiares das vítimas a tênue ideia de continuidade de uma vida normal sem a interrupção feita pela perseguição da ditadura, sobretudo no que tange as medidas ligadas as questões profissionais e estudantis dos então perseguidos.

Em dezembro de 2009 o governo brasileiro publicou o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3), mais uma ação que tinha como finalidade a retratação do Estado para com as vítimas dos abusos do regime militar e os familiares das mesmas. Esse programa entre outras questões trata em seu Eixo Orientador VI, do direito à memória e à verdade e faz remissão ao período da Ditadura Civil-Militar (1964-1985). Dentro dessa ótica o plano prevê a Criação da Comissão Nacional da Verdade para atuar como órgão balizador no resgate à história no período ditatorial, a respeito disso Pinto (2012), esclarece que:

O Plano evoca o dever moral de resgatar a história do período de repressão política no intuito de neutralizar tentações totalitárias e erradicar práticas violentas, como a tortura, “ainda persistente no cotidiano brasileiro” (PNDH 3). Como principal estratégia de ação, o PNDH 3 prevê a criação de uma Comissão Nacional da Verdade suprapartidária a fim de examinar as violações aos direitos humanos ocorridos neste período.(PINTO, 2012, p.3).

Como previa o Programa Nacional dos Direitos Humanos, o governo brasileiro criou a Comissão Nacional da Verdade, essa comissão foi criada pela Lei 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012. A mesma tem como finalidade investigar e apurar as graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, nota-se que o período de atuação da mesma é anterior a instauração do Ditadura Civil-Militar no Brasil.

Mesmo que as providências adotadas pelo governo brasileiro enquadradas na Justiça de Transição transpareça a ideia de que tudo são flores, e que o Estado brasileiro é totalmente efetivo em suas ações na busca por reparações em face aos abusos durante os anos de ditadura, a realidade se mostra um tanto quanto diferente. Isso decorre, sobretudo por ocasião da Lei da Anistia, Lei nº 6.683, sancionada pelo presidente João Batista Figueiredo em 28 de agosto de 1979. Essa lei ao anistiar todos os agentes que cometeram crimes políticos durante a ditadura

acabou beneficiando aqueles que extrapolaram os limites dos direitos humanos. O Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de corrigir essa falha na história jurídica do Brasil, mas não o fez, haja vista que no ano de 2010 por 7 votos a 2 validou a Lei da Anistia em desfavor de uma nova interpretação proposta por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153/2008), interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Outra ação que explicita essa dissonância entre o que prevê a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a atuação brasileira é o fim dos trabalhos da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos

Como já esclarecido, embora algumas ações tenham sido tomadas pelo governo do país, o diálogo entre a Justiça de Transição Brasileira e a Corte Internacional dos Direitos Humanos não é dos melhores. Isso se dá em especial pela forma como o Estado tem atuado, quanto à questão da punição dos agentes públicos que procederam as mais diversas ações em desacordo ao que prega a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Se por um lado, ainda durante a Ditadura Civil-Militar houveram casos de indenizações para vítimas dos abusos e do autoritarismo, por outro lado a penalização daqueles que cometeram tais abusos é quase nula. A discrepância entre o que a Corte IDH determina e as ações que governo brasileiro tem adotado, vai além da falta de penalização dos agentes pelos crimes cometidos durante a ditadura, inclusive ensejou uma punição para o Estado nacional nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, casos esses que serão tratados de forma mais detalhada em outro capítulo deste trabalho.

2.3 PLANO DE CONSTITUCIONALIDADE E O COTEJO COM A JUSTIÇA TRANSICIONAL BRASILEIRA

Para que seja possível compreender as implicações da manutenção dos efeitos da Lei da Anistia na justiça transicional brasileira, a priori é preciso entender o que são e como atuam o Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade dentro de um determinado ordenamento jurídico.

Em linhas gerais o Controle de Constitucionalidade tem como característica ser um mecanismo que age para corrigir um determinado ordenamento jurídico, ele se configura por ser um sistema de verificação da conformidade de um ato, seja ele lei, decreto, medida provisória ou outra norma jurídica qualquer. Essa verificação

serve para definir se os atos jurídicos estão em conformidade e adequados com a Constituição Federal. Isso decorre da necessidade das diferentes normas legais estarem de acordo com o que pressupõe a Carta Magna, a respeito de qualquer bem jurídico a ser tutelado. Dentro dessa concepção a Constituição Federal serve como instrumento de estabilidade dentro do ordenamento jurídico. Bonavides (1980) elucida que:

A supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 1980, p.222.)

Nesse sentido, não fosse o Controle de Constitucionalidade a Constituição Federal não teria força para estabelecer-se como norma maior a ser seguida pelas demais. Em outras palavras é o Controle de Constitucionalidade que garante a Constituição seja referencial de validade para qualquer ato jurídico dentro de um ordenamento jurídico. É este controle que incansavelmente atua para reafirmar a supremacia constitucional em face a qualquer norma que esteja em desacordo com o texto maior de uma nação. A respeito disso Diniz (1995), assegura que:

O controle de constitucionalidade, preservando a supremacia, formal e material, da Constituição, elimina do sistema as normas com ela incompatíveis, mantendo a unidade (formal) de sua estrutura escalonada (DINIZ, 1995, P.26).

Após ser exposto o que é tido como Controle de Constitucionalidade se faz necessário buscar o mesmo entendimento a respeito do que preceitua o Controle de Convencionalidade. A terminologia Controle de Convencionalidade teve sua origem na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ela foi cunhada pela primeira vez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), o referido caso tratava do assassinato de Myrna Mack Chang, ocorrido na Guatemala aos 11 dias do mês de setembro de 1990 em um contexto político de grande instabilidade e insegurança devido à guerra civil que se alastrava no país. A respeito do surgimento da expressão Controle de Convencionalidade, Marinoni (2003) explica que:

Nos livros de direito internacional, o caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (2003) da Corte IDH tornou famoso pelo conhecido voto

concorrente do magistrado Sérgio Garcia Ramirez no qual aparece pela primeira vez em um documento da referida Corte o termo “controle de convencionalidade” (MARINONI, 2003, p.71).

Embora esse tenha sido o caso que deu origem a uso Controle de Convencionalidade foi outro caso que deu vãs ao uso contínuo e frequente do termo, sobre isso Heemann (2017) articula que:

A expressão “controle de convencionalidade” surgiu pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala; todavia, foi a partir do caso Arellano Almonacid vs. Chile que o tribunal interamericano inaugurou formalmente a “doutrina do controle de convencionalidade”, que logo em seguida passaria a ser reconhecida e utilizada pelos tribunais superiores do Estado brasileiro. (HEEMANN, 2017, p.37).

Conforme explica o autor foi a partir do caso Arellano Almonacid vs. Chile que passou a se usar frequentemente a expressão Controle de Convencionalidade. Faz-se necessário destacar aqui que esse caso foi julgado em 26 de setembro de 2006 e diz respeito à execução e Luis Alfredo Almonacid Arellano, em setembro de 1973, tal execução ocorreu no contexto do regime militar chileno.

Elucidado de onde foi cunhada a expressão Controle de Convencionalidade, é chegado o momento de forma sucinta explicar qual a função desse recurso jurídico muito usado na contemporaneidade. Enquanto o Controle de Constitucionalidade tem como objetivo analisar e adequar atos e leis à Constituição Federal, o Controle de Convencionalidade visa fazer tais adequações em relação a Tratados Internacionais, à vista disso Dias (2018) declara que:

Por controle de convencionalidade entende-se o mecanismo de direito internacional que permite a verificação da compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais em vigor no país, notadamente os de direitos humanos, mas não somente eles, e implica que a norma doméstica deve ser compatível com a ordem jurídica internacional que não viole os preceitos de direito internacional a que está obrigado o país.

O Estado deve adotar medidas no âmbito interno que possibilitem a compatibilidade das suas normas com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. É importante assinalar que as medidas a serem adotadas pelo Estado não se esgotam com a adoção ou o afastamento de leis, mas também com a interpretação das normas internas, conforme as disposições dos tratados internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (DIAS, 2018, p.43)

Esse tipo de controle busca aferir se as leis ou quaisquer outros atos normativos de um determinado país não ferem nem ofendem algum tratado

internacional que verse sobre os Direitos Humanos. Para isso tal mecanismo carrega inúmeras características, de acordo com Ana Beatriz (2018) as principais são:

- A verificação da compatibilidade de normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte IDH e os demais tratados interamericanos dos quais o Estado seja parte;
- A realização de ofício por toda autoridade pública, no âmbito da sua competência, podendo implicar supressão da norma ou sua interpretação nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos;
- O exercício hermenêutico que possibilite a compatibilidade das obrigações dos Estados com suas normas internas, sendo parâmetro da convencionalidade a normativa internacional e a jurisprudência da Corte IDH, tanto contenciosa quanto consultiva;
- A obrigatoriedade da realização do controle, a qual deriva dos princípios de direito internacional público e das próprias obrigações internacionais do Estado assumidas no momento em que passa a fazer parte da Convenção Americana de Direitos Humanos. (DIAS, 2018, p.44)

Após a explanação do que caracteriza e quais são as funções do Controle de Constitucionalidade e do Controle de Convencionalidade, é pertinente que se discuta algumas decisões da justiça brasileira. Decisões essas que se enquadram na Justiça de Transição, interessante observar que ao passo que elas se aproximam do plano de constitucionalidade acabam por se afastar do plano de convencionalidade.

A relevância da análise dessas decisões está guardada justamente por serem elas que demonstram como a justiça transicional brasileira adota posicionamentos contrários ao que se espera de Estados que aplicam o Controle de Convencionalidade em face aos acordos internacionais sobre Direitos Humanos.

Há 53 anos, os países-membros da Organização dos Estados Americanos assinavam a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, cidade na qual o tratado foi subscrito em 22 de novembro de 1969. Este tratado apenas entrou em vigor no Brasil no ano de 1992 após a promulgação do Decreto 678/1992 em 25 de setembro de 1992. Com este decreto, o Pacto de San José da Costa se tornou um dos pilares no que tange a proteção dos Direitos Humanos no Brasil, haja vista que esse acordo consagrou os direitos civis e políticos, bem como os relacionados à integridade pessoal, à liberdade e à proteção judicial.

Com a promulgação do Decreto 678/1992 alguns pontos da legislação brasileira foram revistos, entre eles é possível destacar: a situação do depositário infiel, de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, ninguém pode ser preso por dívidas, salvo o devedor de alimentos. Já a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º, LXVII, que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Desse modo era passível a prisão do depositário infiel. O legislador para resolver tal questão conferiu a equivalência às emendas constitucionais aos tratados e às convenções de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário e que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em votação de dois turnos, por três quintos de seus membros. Desse modo, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada, contudo deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

Outro ponto que passou pelo Controle de Convencionalidade foi a questão do Desacato. A maioria dos ministros da terceira Seção entendeu que desacatar funcionário público no exercício da função continua sendo crime, Isso em conformidade ao que expõe o artigo 331 do Código Penal e não esta em desacordo com o CAHD. Este posicionamento se deu, sobretudo por ocasião do entendimento dos ministros que consideram que a manutenção da tipificação do desacato no ordenamento jurídico nacional não implica o descumprimento do artigo 13 da CADH, que trata da liberdade de expressão. Mais dois pontos foram discutidos o Direito ao Silêncio e a Audiência de Custódia. Em ambos os pontos, os juristas nacionais entenderam que tanto o depoimento que traga algum ônus ao acusado quanto a conversão do flagrante em prisão preventiva não ferem nem confrontam o que determina a CADH. Esse parecer tem como base no caso da Direito ao Silêncio, o fato da confissão não ser o único elemento probatório para uma condenação e no caso da ausência da audiência de custódia a situação que a conversão da prisão em flagrante em preventiva constitui um novo título que justifica a privação da liberdade.

Embora seja significativo tratar desses institutos que foram alvo do Controle de Convencionalidade, o cerne deste trabalho está ligado aos aspectos de tal controle que tem conexão com a Justiça de Transição no Brasil. Destarte, é preciso destacar decisões da corte nacional que estão intimamente ligadas à justiça transicional brasileira. O aumento da repercussão entre os distintos controles foram

os dois julgamentos envolvendo a Lei da Anistia, Lei 6.683 de 1979. O primeiro deles foi o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, em 28 de abril de 2010, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A Ordem buscava que o STF anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. Todavia, os ministros da Suprema Corte julgaram improcedente a demanda o que culminou no entendimento de que a Lei da Anistia era constitucional.

O segundo julgamento foi proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH) de 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, com objetivo de imputar a responsabilidade do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçada de 70 pessoas, entre eles camponeses e membros do Partido Comunista do Brasil. Neste julgamento a CORTE IDH decidiu pela desconformidade da Lei da Anistia brasileira em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, ficou determinada a inconveniência da lei frente ao tratado cujo Brasil é signatário. Com essa decisão da CORTE IDH o que se esperava é que os tribunais brasileiros passassem a decidir a luz do que a Corte Interamericana aduz a respeito da Lei da Anistia, entretanto o que se acumulam nas decisões do judiciário nacional são pareceres que comungam com o que institui a Lei 6.683 e vão em sentido contrário com o que destaca o Pacto de São José da Costa Rica.

3 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, LEI DA ANISTIA E ADPF Nº 153

3.1 A CRIAÇÃO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E SEU PAPEL ENQUANTO BRAÇO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

A Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada pela Lei Nº 12.528, no dia 18 de novembro de 2011, pela então presidente Dilma Rousseff. Essa comissão teve como sua principal função examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período que foi de 1946 até 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade e promover a reconciliação nacional. Embora a CNV tenha importante papel na busca da verdade em relação às violações dos direitos humanos principalmente no período ditatorial brasileiro, ela faz parte de um conjunto maior de medidas. Várias ações que antecederam a CNV que lhe deram a possibilidade de ter tão essencial função na construção de uma Justiça de Transição no Brasil.

As primeiras medidas que delinearão esse processo de busca por reparação às vítimas e responsabilização, daqueles que ultrapassaram os limites dos direitos humanos durante as ditaduras foram tomadas ainda durante o período em que o Brasil era presidido por generais. No ano de 1975, trinta e cinco presos políticos enviaram uma carta ao então presidente do Conselho Federal da OAB destacando as violações dos direitos jurídicos dos presos políticos, a respeito disso o relatório da CNV destaca que:

Ainda durante a ditadura militar, presos e familiares desafiaram a recusa do governo em admitir a prática de graves violações de direitos humanos. Muitas foram as greves de fome daqueles presos em resposta às arbitrariedades que os vitimavam. Procurando informações sobre parentes presos, familiares passaram a manter contato e a promover reivindicações para a melhoria das condições carcerárias. É emblemático o abaixo-assinado de 23 de outubro de 1975 firmado por 35 presos políticos de São Paulo, mais conhecido como “Bagulhão”, endereçado ao presidente do Conselho Federal da OAB, Caio Mário da Silva Pereira. Na condição de “vítimas, sobreviventes e testemunhas de gravíssimas violações aos direitos humanos no Brasil”, os signatários encaminharam um “relato objetivo e pormenorizado de tudo o que [nos] tem sido infligido, nos últimos seis anos, bem como daquilo que presenciamos ou acompanhamos pessoalmente dentro da história recente do país”. Relatam os presos a formação de uma “tentacular máquina repressiva, montada de norte a sul do país, descrevendo métodos e instrumentos de tortura comumente utilizados nos órgãos repressivos, e a transcrição de nomes de torturadores e demais policiais e militares envolvidos nessa prática no Brasil”, bem como as “irregularidades jurídicas de toda a ordem que são cometidas contra presos políticos verificadas desde o ato da prisão até a soltura, demonstrando que

nem as próprias leis de exceção do regime vigente – de natureza discricionária, violentando os mais mezinhos direitos do homem em pleno século XX – são cumpridas neste país”. (RELATÓRIO CNV, 2017, p. 23).

Após essa denúncia, várias outras ações foram realizadas, ainda em 1975 foi criado o Movimento Feminino pela Anistia, em 1978 foi fundado o Comitê Brasileiro pela Anistia. Os apoiadores desses dois movimentos, que antecederam a Lei N° 6.683, de 28 de agosto de 1979, denominada Lei da Anistia, acabaram por ver suas reivindicações serem deturpadas na criação de uma lei que anistiava a todos, inclusive os agentes de Estado que violaram os direitos humanos. Na década de 1980 a Campanha Diretas Já, também teve importante papel na caminhada pela redemocratização e pode ser considerada um importante antecedente à CNV, haja vista, que foi uma campanha e pressionou os militares e deixou um aviso muito claro que o regime militar caminhava a passos largos para o fim. Mais do que isso, demonstrou indícios que no futuro as ações criminosas dos militares seriam investigadas, pois já se construía uma consciência nacional dos excessos da ditadura. Essa ótica pode ser observada através do projeto “Brasil: Nunca Mais”, que teve como mentores dois religiosos, o cardeal Paulo Evaristo Arns, da Arquidiocese de São Paulo, e o pastor presbiteriano Jaime Wright. Após realizarem uma exaustiva investigação, no dia 15 de julho de 1985 foi lançado um livro escrito a partir do relatório das investigações realizadas pelo projeto. Todavia, como introdução do livro destaca, a intenção do projeto que é considerado pioneiro no processo brasileiro de “justiça de transição”, não trazia a exigência de punição para aqueles que violaram os direitos humanos. A cerca disso a publicação da Arquidiocese (1985) expõe que:

Não é intenção do Projeto [Brasil: Nunca Mais] organizar um sistema de provas para apresentação em qualquer Nuremberg brasileiro. Não o anima qualquer sentido de revanche. Na busca da Justiça, o povo brasileiro nunca foi movido por sentimentos de vingança. O que se pretende é (...) revelar à consciência nacional, com as luzes da denúncia, uma realidade obscura ainda mantida em segredo nos porões da repressão política hipertrofiada após 1964. É a observância do preceito evangélico que nos aconselha o conhecimento da verdade como pressuposto para a libertação. (ARQUIDIOCESSE, 1985, p. 26)

O ano de 1993 foi marcado pela instituição, por ordem da Assembleia Geral das Nações Unidas, do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos – EACD, este órgão tinha como função dedicar-se à promoção e proteção dos Direitos Humanos garantidos pela legislação internacional e

estipulados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A instituição desse escritório, tornou-se relevante ao passo que futuramente ele culminou na instauração de diversas comissões da verdade em diferentes países. Dois anos mais tarde, o ano de 1995 pode ser considerado fundamental na marcha em busca do direito à verdade e a justiça, sobretudo por que foi nesse ano que houve a promulgação da Lei 9.140, lei que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas por terem participado de manifestações políticas entre os anos de 1961 a e 1979. Essa mesma lei instituiu a criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP).

Em 2002 mais um passo foi dado na construção de uma Justiça de Transição, em um de seus últimos atos o presidente Fernando Henrique Cardoso adotou medida provisória aprovada pelo Congresso Nacional e criou o Regime do Anistiado Político, a criação desse regime através da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, tem função fundamental na trajetória da justiça transicional brasileira, uma vez que ela aponta como órgão que procederá a reparação econômica das vítimas do estado autoritário o Tesouro Nacional, ou seja, o Estado, tanto o direito a reparação quanto quem arcará com a mesma foram estabelecidos pelos artigos 1º II, e 3º respectivamente:

Art. 1º O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos:
II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1o e 5o do art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

Art. 3º A reparação econômica de que trata o inciso II do art. 1o desta Lei, nas condições estabelecidas no caput do art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, correrá à conta do Tesouro Nacional.

Salutar destacar que essa lei trazia uma crucial diferença em relação à Lei da Anistia de 1979. Enquanto a lei de 1979 preocupou-se em anistiar penalmente os agentes do Estado por seus crimes, a lei de 2002 não fez qualquer menção a respeito de anistia penal, sobre isso Moreira da Silva Filho (2010) relata que:

Tem-se aqui uma anistia muito diferente daquela que foi realizada em 1979. Não há na Constituição nem na Lei de 2002 nenhuma palavra sobre anistia penal aos agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade, nem mesmo a dúbia e misteriosa expressão “crimes conexos”. Pelo contrário, tanto a Lei 10559/02 quanto o ADCT da Constituição de 1988 em seu artigo oitavo tratam dos que sofreram “perseguição política”, e não dos que a promoveram. (MOREIRA SILVA FILHO, 2010, p.32).

Conforme o autor destaca, essa nova lei se afastou da Lei da Anistia de 1979 no que tange a não punibilidade dos agentes estatais por seus crimes cometidos durante o regime militar. Em 2009 conforme exposto anteriormente o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) preconizou a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Comissão esta criada em 11 de novembro de 2011 através da Lei 12.528/2011 e iniciou seus trabalhos em maio de 2012. Os dois primeiros artigos da referida lei trazem importantes aspectos a serem salientados:

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no [art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Art. 2º A Comissão Nacional da Verdade, composta de forma pluralista, será integrada por 7 (sete) membros, designados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos.

O primeiro deles está relacionado com o artigo 1º, efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional é justamente o que a Justiça de Transição busca. Dessa forma os objetivos propostos por essa lei e que estão no artigo 3º precisam e devem guardar íntima ligação com o artigo 1º da mesma lei. Já o artigo 2º traz uma determinação que pode causar certa apreensão, os membros da CNV serão indicados pelo Presidente da República. A preocupação está alocada na questão que a sociedade não tem qualquer garantia que o chefe do executivo nacional será alguém favorável às investigações e aos demais trabalhos promovidos pela CNV. O artigo 3º traça os objetivos da CNV:

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no **caput** do art. 1º ;

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no **caput** do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do [art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995](#);

- V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;
- VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e
- VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Como pôde ser observado, os objetivos destacados no artigo 3º guardam intrínseca ligação com o artigo 1º e ambos caminham em direção a efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Embora a Comissão Nacional da Verdade seja bastante coesa em relação ao direito à memória e a verdade, ela não possui caráter punitivo e essa é uma das principais críticas a ela, sobre isso McArthur (2012) diz que:

As principais críticas direcionadas à Comissão da Verdade brasileira concentram-se exatamente na seara da composição das relações entre graves violadores de direitos humanos do regime militar e suas vítimas, que são tão caras à reconciliação em uma justiça de transição. Em consonância com a anistia em vigor no país, a Comissão não terá poderes punitivos. Os fatos acaso apurados o serão apenas de forma administrativa, sem que isso deva levar a qualquer responsabilização penal dos responsáveis pelas violações em questão. (MCARTHUR, 2012, p.102).

Mesmo que a CNV careça de poder punitivo, sua atuação foi muito relevante na justiça transicional brasileira. O seu relatório final trouxe importantes dados para a reconstituição da história e memória nacional. Todavia, muitos consideram que os trabalhos da comissão foram aquém ao esperado, sobretudo pelas dificuldades impostas pelas Forças Armadas Brasileiras (FFAA). O relatório e suas conclusões é justamente o principal ponto da CNV enquanto braço da Justiça de Transição no Brasil. Principalmente por que ao passo que as conclusões foram apresentadas, mostrou-se também o quanto a casta militar do país busca interferir na construção de uma justiça transicional efetiva e o quanto a (in)efetividade dessa justiça serve a esta casta.

As FFAA se mostraram o principal entrave em relação aos trabalhos da CNV, elas consideram a Lei da Anistia de 1979 como lei maior a ser respeitada e tratam qualquer tentativa de buscar a verdade a respeito dos excessos dos militares na ditadura como revanchismo. A respeito disso Silva (2016), destaca que:

... os maiores entraves durante a atuação da CNV se deram com as FFAA. De uma maneira geral, as FFAA e outros membros da nova classe política herdados do período ditatorial, muitos dos quais ditos democratas e envolvidos de alguma forma no campo de oposição ao regime, defendem os "pactos" da Lei da Anistia e o não "revanchismo". Em particular, as FFAA não apenas adotam uma postura contrária a qualquer tentativa de levar adiante no Brasil políticas de "justiça de transição", como se negam a colaborar com os trabalhos realizados nesse sentido. A despeito daqueles que resolveram comparecer às audiências da CNV, respondendo às questões colocadas e, muitas vezes, trazendo informações estarrecedoras - a exemplo do coronel reformado Paulo Malhães, que disse "não se arrepender" pelos crimes cometidos depois de confessá-los⁴⁶-, de uma maneira geral, o silêncio e a omissão marcaram (e tem marcado) a postura das FFAA quando dos trabalhos de investigação da CNV. (SILVA, 2016 p. 101-102).

Os membros da CNV produziram e entregaram à Presidenta Dilma Rousseff, em uma cerimônia realizada em 10 de dezembro de 2014 no Palácio do Planalto um relatório contendo os trabalhos e as conclusões da comissão. O referido relatório foi dividido em três volumes. O primeiro volume possui 976 páginas e foi dividido em cinco partes e dezoito capítulos, onde a parte I traz as informações sobre a criação da CNV e as atividades realizadas por ela. A parte II destaca as estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos, começando no ano de 1946 e transcorrendo por todo o período ditatorial. A parte III tem como título "Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas" e apresenta as mais diversas formas de violações dos direitos humanos usadas pelos agentes estatais, entre eles destacam-se a tortura e as execuções. A parte IV traz o título "Dinâmica das graves violações de direitos humanos: casos emblemáticos, locais e autores O Judiciário", essa parte apresenta como foi a repressão nos mais diferentes públicos durante a ditadura, aqui aparece a Guerrilha do Araguaia e o papel do Judiciário durante o período em estudo. A quinta e última parte apresenta as conclusões e recomendações feitas pelos integrantes da CNV.

O segundo volume é composto por 416 páginas e traz textos que tratam a respeito das violações de direitos humanos nos mais diversos grupos de pessoas como militares, camponeses, trabalhadores, índios, homossexuais entre outros. Por fim o terceiro volume contém 1996 páginas e destaca individualmente cada um dos casos de mortos ou desaparecidos durante o regime ditatorial. Esse relatório foi fruto do trabalho dos membros da comissão que trabalharam para chegar ao texto final durante dois anos e meio, seis meses além do previsto inicialmente no projeto.

Em linhas gerais o relatório destacou quatro conclusões, sendo que três delas estão ligadas ao fato do Estado ditatorial brasileiro ter praticado graves violações aos direitos humanos, violações estas que de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, configuram-se como crimes contra a humanidade. A primeira conclusão foi nomeada como “Comprovação das graves violações de direitos humanos” e destaca, após CNV revisar uma grande gama de denúncias sobre as violações dos direitos humanos, as provas que os agentes que estavam a serviço do Estado, agiram em desconformidade com as diretrizes dos direitos humanos. Sobre esta conclusão Weicher (2014), informa que:

A Comissão dedicou-se a rever centenas de denúncias e relatos de graves violações aos direitos humanos e concluiu que “está perfeitamente configurada a prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e de tortura, assim como o cometimento de execuções, desaparecimentos forçados e ocultações de cadáveres por agentes do Estado brasileiro, sobretudo durante a ditadura militar, que se estendeu de 1964 a 1985”. (WEICHER, 2014, p. 95-96).

A segunda conclusão, denominada “Comprovação do caráter generalizado e sistemático das graves violações de direitos humanos”, apresenta que as ações em desfavor dos direitos humanos eram tomadas de forma contínua e reiterada, diferente do que muitos militares defendem através do discurso que foram casos isolados e pontuais, Weicher (2014), diz que:

Com base no reiterado padrão dessas violações e na investigação das estruturas de poder e cadeias de comando dos órgãos de repressão, entendeu que essas graves violações de direitos humanos “foram o resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro”, na qual “a repressão e a eliminação de opositores políticos” era uma “política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares.” Nesse contexto, a CNV refutou integralmente “a explicação que até hoje tem sido adotada pelas forças armadas, de que as graves violações de direitos humanos se constituíram em alguns poucos atos isolados ou excessos, gerados pelo voluntarismo de alguns poucos militares. (WEICHER, 2014, p.96).

A terceira conclusão, “Caracterização da ocorrência de crimes contra a humanidade”, destaca como se caracterizaram os crimes, essa caracterização se dá principalmente porque não havia distinção entre as vítimas. Homens, mulheres, crianças, idosos de diferentes classes e grupos sociais foram vítimas do braço do Estado e de repressão generalizada, Weicher (2014) coloque que:

Finalmente, a Comissão fixou que diante da magnitude da repressão a qual atingiu “homens, mulheres, crianças, adolescentes e idosos, vinculados aos mais diferentes grupos sociais, como trabalhadores urbanos, camponeses, estudantes, clérigos, dentre tantos outros”, a prática de detenções ilegais e arbitrarias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado durante a ditadura militar caracterizou o cometimento de crimes contra a humanidade (WEICHER, 2014, p.96).

Essas três conclusões carregam grande importância, pois elas tratam do reconhecimento do Estado das graves violações dos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade empreendidos pelos agentes estatais brasileiros. Embora os apontamentos da CNV não possuam caráter vinculante ao judiciário, eles são dotados de poder jurídico, pois não podem ser desconsideradas de ofício principalmente por terem sido construídas por um órgão oficial definido por lei.

A quarta e derradeira conclusão traz íntima ligação com a (in)efetividade da justiça transicional brasileira. Embora já tenham passado mais de três décadas desde o fim da Ditadura Civil-Militar, o Estado brasileiro continua exercendo graves e contínuas violações em face aos direitos humanos. Mudou o sistema político, mudaram os agentes, mas as práticas continuam muito semelhantes. Mesmo que atualmente não haja perseguições políticas, os demais padrões desenvolvidos durante o regime militar continuam aparecendo nas ações das polícias estatais. A não persecução penal, de inúmeros processos relacionados aos crimes cometidos no período ditatorial dão o ar de impunidade e levam ao cometimento de novos crimes contra os direitos humanos nos dias atuais. Isso ocorre principalmente porque a Justiça de Transição Brasileira encontra dois entraves legais, a Lei da Anistia de 1979 e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 que validou a referida lei, sobre isso Weicher (2014) coloca que:

A decisão do Estado de não promover a persecução penal dos crimes cometidos com graves violações aos direitos humanos tomada durante o período ditatorial com a edição da Lei da Anistia, mas reforçada em plena era democrática com a decisão do Supremo Tribunal Federal de referendar a sua validade para agentes estatais, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 é um fator que inspira e dá confiança aos agentes públicos de hoje. Para eles, o poder estatal também os protegerá quando flagrados na prática de graves violações aos direitos humanos, sobretudo porque agem em nome da segurança pública e da ordem social. A falta de julgamentos e condenações representa uma debilidade estatal em lidar com essas atrocidades massivas e sinaliza que o Poder Público tolera esses graves crimes. (WEICHER, 2014, p.98-99).

A não continuidade, na área penal, dos processos relativos aos crimes durante a ditadura trazem o entendimento que os agentes públicos podem extrapolar os limites dos direitos humanos e por estarem a serviço do Estado serão por ele protegidos. O papel de proteção sob os agentes do Estado, exercido pela Lei da Anistia de 1979 e reiterado pela ADPF 153 carregam consigo e expõe aos atuais funcionários militares a face da impunidade que muitas vezes é gozada por eles também. É justamente isso que dá tamanha importância a esses dois institutos jurídicos que serão discutidos posteriormente neste trabalho.

A CNV ainda em seu relatório apresentou 29 recomendações de medidas a serem adotadas, essas foram agrupadas em três conjuntos: Medidas Institucionais, Reformas Constitucionais e Legais e Medidas de Seguimento das Ações e Recomendações da CNV. Fazendo a leitura dessas recomendações é possível observar que, mesmo que a CNV tenha se esforçado para enquanto braço da justiça transicional brasileira mudar os rumos em definitivo desse campo da justiça. A necessidade de que outros órgãos do Estado atuem, para extrair do campo teórico essas recomendações e levá-las a ações práticas, restringem a efetividade da CNV.

Das Medidas Institucionais pode-se destacar:

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

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

[4] Proibição da realização de eventos oficiais em comemoração ao golpe militar de 1964.

[5] Reformulação dos concursos de ingresso e dos processos de avaliação contínua nas Forças Armadas e na área de segurança pública, de modo a valorizar o conhecimento sobre os preceitos inerentes à democracia e aos direitos humanos.

[7] Retificação da anotação da causa de morte no assento de óbito de pessoas mortas em decorrência de graves violações de direitos humanos.

[8] Retificação de informações na Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização (Rede Infoseg) e, de forma geral, nos registros públicos.

Foram destacadas essas seis medidas, porque de alguma forma todas elas guardam ligação com a necessidade das FFAA e outros órgãos estatais reconhecerem que seus agentes, cometeram crimes contra os direitos humanos

durante os regimes autoritários. A demanda dessa admissão de culpabilidade por parte do Estado é o que escancara a (in)efetividade a Justiça de Transição do Brasil.

Das recomendações a cerca das Reformas Constitucionais e Legais destacam-se:

[18] Revogação da Lei de Segurança Nacional.

[19] Aperfeiçoamento da legislação brasileira para tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado.

[20] Desmilitarização das polícias militares estaduais.

[21] Extinção da Justiça Militar estadual.

[22] Exclusão de civis da jurisdição da Justiça Militar federal.

[23] Supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades.

[24] Alteração da legislação processual penal para eliminação da figura do auto de resistência à prisão.

Foram extraídas quase que a totalidade das recomendações a respeito das Reformas Constitucionais e Legais, por que a maioria delas ou não foi atendida ou foi atendida parcialmente, ou seja, mais uma vez trouxeram pouca efetividade prática na justiça transicional nacional.

Em relação às orientações sobre as Medidas de seguimento das ações e recomendações da CNV, dá-se ênfase:

[26] Estabelecimento de órgão permanente com atribuição de dar seguimento às ações e recomendações da CNV.

[27] Prosseguimento das atividades voltadas à localização, identificação e entrega aos familiares ou pessoas legitimadas, para sepultamento digno, dos restos mortais dos desaparecidos políticos.

[29] Prosseguimento e fortalecimento da política de localização e abertura dos arquivos da ditadura militar.

Nestes casos a ênfase é porque essas foram recomendações acatadas e postas em prática pelo governo federal brasileiro. Importante salientar, que essa separação em três categorias de medidas a serem adotadas não as tornam medidas estanques, haja vista, que uma medida pode estar enquadrada em um determinado conjunto, mas os reflexos da sua concretização terão influência nos outros conjuntos. Exemplo disso é que o Reconhecimento, pelas Forças Armadas, de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a Ditadura Militar, mesmo sendo uma medida institucional, irá refletir nas medidas de seguimento uma vez que esse reconhecimento também afeta,

mesmo que em menor grau, a revelação da verdade e o direito à reparação das vítimas.

Antes de tratar sobre as duas maiores pedras no sapato da Justiça de Transição Brasileira, a Lei da Anistia de 1979 e a ADPF 153 é preciso apresentar algumas dificuldades que a CNV enfrentou em seus trabalhos. A burocracia estatal foi uma dessas dificuldades, uma vez que para conseguir ter acesso a determinados documentos foi preciso contar com a boa vontade de diferentes órgãos do Estado. A falta de recursos materiais e humanos também foi continua durante os trabalhos, além da comissão ter prazo determinado para o fim de sua atuação, ainda careceu de pessoal e disponibilidade de recursos financeiros. Além desses fatores ainda é possível elencar o fato de ter havido resistência por parte de alguns segmentos tradicionais da sociedade. E como já se esperava as FFAA constantemente tentaram atrasar e mesmo estancar os trabalhos realizados pela CNV, sobre as dificuldades enfrentadas pela comissão Weicher (2014), destaca que:

No caso brasileiro, todas essas dificuldades estiveram presentes, em maior ou menor escala: setores conservadores da sociedade claramente se opuseram ao trabalho da Comissão e tentaram obstaculizá-lo; a sociedade civil foi alijada do processo de escolha de seus membros, o que a deslegitimou perante parcela das entidades de representação das vítimas; os militares reiteradamente desafiaram a autoridade da Comissão; um débil quadro de apoio administrativo foi previsto na lei, tendo a Comissão se socorrido de artifícios administrativos precários para compor equipes de trabalho; a lei não previu poderes jurídicos para requisitar arquivos privados; e a maioria dos comissionados antes do início do mandato tinha pouco conhecimento do papel da Comissão ou experiência em conduzir investigações. (WEICHER, 2014, p.114).

Reveladas as dificuldades que a CNV enfrentou e que muitas vezes decapitaram a sua efetividade como braço da Justiça de Transição nacional, este trabalho a partir de agora se aterá aos dois grandes entraves na efetivação desse tipo de justiça, a Lei 6.683 e a ADPF N° 153.

3.2 A LEI DA ANISTIA E A ADPF N° 153, IMPLICAÇÕES NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA.

A Lei N° 6.683 conhecida como Lei da Anistia é fruto de um processo de desgaste dos governos militares. O apogeu da ditadura no Brasil se deu entre os anos de 1969 e 1973, período de melhor desempenho econômico entre os anos de

repressão. Contudo, a partir de 1974 o país passou a conviver com a crise econômica gerada principalmente pela crise do petróleo, essa crise trouxe a insatisfação popular, questionamentos a cerca da forma dos militares conduzirem o país e dentro dessa conjuntura em 1974 é criado o Movimento pela Anistia.

Com o passar dos anos a insatisfação popular cresceu e com isso o Movimento pela Anistia ganhou força até que em 1978 foi criado no Rio de Janeiro o Comitê Brasileiro pela Anistia. Com a crescente insatisfação popular e a criação do referido comitê o que se esperava era uma participação maciça da sociedade na construção do projeto de anistia, no entanto não foi bem assim que aconteceu. No mês de junho de 1979 o então presidente João Batista Figueiredo enviou ao congresso um anteprojeto de lei o qual posteriormente viria a ser a Lei da Anistia. O projeto foi aprovado no dia 22 de agosto de 1979, com 206 votos favoráveis e 201 contrários ao projeto. O ponto de maior discussão foi a extensão da anistia aos agentes do Estado, que cometeram violações contra os direitos humanos. Essa extensão demonstra claramente a supressão da sociedade civil do processo e o quanto a aprovação da Lei 6.683 foi carregada de vícios. Sobre tais vícios e a exclusão da sociedade civil Safatle (2013), destaca que:

No entanto, uma das maiores mentiras herdadas daquele período é a história de que existiu uma anistia resultante de ampla negociação com setores da sociedade civil e da oposição. Aquilo que chamamos de Lei da Anistia foi e continua sendo uma mera farsa. Primeiro, não houve negociação alguma, mas pura e simples imposição das condições a partir das quais os militares esperavam se autoanistiar. O governo de então recusou a proposta do MDB de anistia ampla, geral e irrestrita, enviando para o Congresso Nacional o seu próprio projeto, que andava na contramão daquilo que a sociedade civil organizada exigia. Por não ter representatividade alguma, o projeto passou na votação do Congresso por míseros 206 votos contra 201, sendo todos os votos favoráveis vindos da antiga Arena. Ou seja, só em um mundo paralelo alguém pode chamar de —negociação— a um processo no qual o partido governista aprova um projeto sem acordo algum com a oposição. Há de se parar de ignorar compulsivamente a história brasileira. (SAFATLE, 2013).

Conforme Safatle destaca, não houve qualquer discussão com a sociedade civil a respeito do conteúdo do projeto da Lei da Anistia, e a aprovação de uma lei que auto anistiava os militares só foi possível graças a um congresso com maioria governista. Mesmo que se desenhasse um cenário de uma futura reabertura política, uma lei que perdoava oprimidos e opressores, apenas pôde ser aprovada sob a mão pesada de um Estado de exceção.

Dentro da Lei 6.683 a parte que tem causado maior discussão e descontentamento é o seu primeiro artigo e seu primeiro parágrafo que dispõem que:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 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 vinculadas 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 [\(vetado\)](#).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Como é possível observar as primeiras disposições da lei já isentavam os agentes estatais dos crimes cometidos em função das questões políticas. É exatamente isso que tornou essa lei um dos principais empecilhos para a efetividade da Justiça de Transição brasileira, a respeito disso Canabarro (2017), destaca que:

A Lei da Anistia tem sido o principal obstáculo à realização de julgamentos penais dos autores das violações aos direitos humanos. Em 2010, o Supremo Tribunal Federal corroborou a validade da lei, por 7 votos a 2, em detrimento de uma nova interpretação proposta por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153/2008), interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A ação questiona a anistia concedida aos agentes do Estado que praticaram atos de tortura durante o período militar e contesta a validade do primeiro artigo da Lei da Anistia, que considera como conexos e igualmente anistiados os crimes “de qualquer natureza” relacionados aos crimes políticos. Segundo a ação, crimes de tortura, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesão corporal, estupro e outros atos violentos cometidos por policiais e militares não poderiam estar associados aos crimes políticos. (CANABARRO, 2017, p. 03).

Conforme destaca a autora, mesmo que a Lei da Anistia seja um obstáculo ao alcance de uma justiça transicional realmente efetiva, a Suprema Corte brasileira teve a possibilidade de corrigir tal falha, entretanto, não o fez.

Consoante ao que já foi exposto, o judiciário teve a oportunidade de reparar a falha deixada pela Lei da Anistia. Essa grande chance de reparar esse erro jurídico e auxiliar na construção de uma história diferente, tanto para o judiciário como para o Brasil como um todo, foi oferecida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Em outubro de 2008 este conselho propôs ao Supremo Tribunal Federal uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153 –

6/800). O objetivo desta ação era questionar a forma de aplicação do artigo 1º §1º da Lei 6.683 de 1979. A ADPF fazia tal questionamento baseado na interpretação que o artigo em questão estava em desacordo com o que preconiza a Constituição Federal de 1988, a julgar que a constituição garante a incorporação de forma automática dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil for signatário, sobre isso Piovesan infere que:

Neste cenário e à luz do direito comparado, o que a Constituição de 1988 assegura é a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional. Desde que ratificados, os tratados internacionais irradiam efeitos de plano e asseguram direitos diretos e imediatamente exigíveis no ordenamento interno. Cabe, assim, ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro. As normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os indivíduos tornam-se, portanto, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. (PIOVEZAN, 2013, p. 447).

Dentro de uma ótica do direito internacional, a Lei da Anistia de 1979, apenas poderia ser recepcionada pela Carta Magna do país se aplicada no sentido de não anistiar os agentes do Estado que atentaram contra os direitos humanos. Pois caso contrário sua aplicação estará atuando como um entrave às investigações e punições de tais agentes. Monteiro e Guerra (2018), expõem que:

De acordo com o entendimento da OAB, a Lei da Anistia de 1979 somente pode ser recepcionada pela Constituição de 1988 se interpretada no sentido de que os crimes – torturas, sequestros, homicídios, desaparecimentos forçados, estupro, lesões corporais etc - praticados pelo Estado e seus agentes durante a ditadura civil-militar não foram anistiados e, portanto, a referida lei não é um impeditivo à investigação, processo, julgamento e punição dos responsáveis. Entre os diversos questionamentos presentes na ação, destacam-se: a necessidade de cumprimento, pelo Estado, dos tratados e acordos internacionais de direitos humanos, das regras e princípios de direito internacional com relação aos denominados crimes contra a humanidade; o fato de alguns dos crimes (sequestro, ocultação de cadáver) praticados por agentes estatais serem classificados como crimes permanentes e, portanto, ainda não estarem prescritos. (MONTEIRO & GUERRA, 2018, p. 4).

Diferente do que esperava o Conselho da OAB o STF julgou em 29 de abril de 2010 improcedente a ação. Entendeu a corte pela validade da Lei da Anistia, ratificaram esse entendimento os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Gilmar

Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, por outro lado votaram favoráveis a ação os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito.

Este posicionamento do STF de acordo com Rothenburg (2013), entendeu que:

- a) as normas internacionais que serviriam de parâmetro interno para o contraste da Lei da Anistia (especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes) são posteriores (ou foram internalizadas posteriormente) e não vigoravam no Brasil à época. O Min. Cezar Peluso afirmou que, “[à]quela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza”;
- b) a invocação de tais normas em face de uma lei de efeitos instantâneos (“lei-medida”), como é a Lei n. 6.683/1979, configura aplicação retroativa de lei mais gravosa, o que é vedado pela Constituição;
- c) as violações perpetradas pelos agentes públicos durante a ditadura eram “crimes conexos” a que alude a Lei n. 6.683/1979, devendo a interpretação considerar “o momento histórico da sanção da lei”;
- d) a questão da prescrição somente teria relevância se fosse afirmada a existência de crimes, por força do afastamento da aplicação da Lei n. 6.683/1979, e que, ademais, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (ONU, 1968) não tem vigência no Brasil, que a ela não aderiu. O Min. Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência brasileira considera que a superveniência da instituição da imprescritibilidade “não se aplica aos crimes já praticados”;
- e) não houve autoanistia, mas sim um amplo acordo político (“transição conciliada”), em que os vários atores sociais envolvidos participaram “de boa-fé”.³⁶ O Min. Celso de Mello extrai da pretensa bilateralidade da Lei n. 6.683/1979 (lei esta que não caracterizaria uma autoanistia) o diferencial a afastar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se refeririam a leis latino-americanas de anistia unilateral;
- f) a Lei n. 6.683/1979 foi devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e que a “legitimidade política” deveria ser considerada então “em termos de paz social”, em um “processo de participação da sociedade civil” (Min. Cármen Lúcia), sendo que a Lei n. 6.683 “nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional” (Min. Cezar Peluso);
- g) a Emenda Constitucional 26/1985 (logo, a anistia a que se refere) integra a ordem constitucional vigente, pois faz parte do processo constituinte originário, uma vez que foi por meio dessa Emenda que se convocou a Assembleia Constituinte 37. A propósito da suposta ilegitimidade do Congresso Nacional que aprovou a Emenda Constitucional 26, a Min. Cármen Lúcia rechaçou o argumento, sob a alegação de que senão “poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988”. (ROTHENBURG, 2013, p. 686 – 687).

Ao observar a decisão é possível destacar que a mesma teve como pano de fundo o caráter recíproco da Lei da Anistia, onde a bilateralidade e o perdão mútuo, tanto dos oprimidos quanto dos opressores foi considerado válido. Para tanto, os ministros valeram-se da ideia de que tal lei foi concebida, sob a égide de uma ampla

discussão entre governo, a sociedade civil e a própria OAB. Discussão esta que chegou a um comum acordo em criar um dispositivo legal, que beneficiasse todos os envolvidos em crimes políticos, na busca de reconciliação nacional e em direção à redemocratização. Todavia, é sabido que esta discussão é fictícia e que a construção da Lei 6.683 de 1979 teve como base os objetivos de um governo ditatorial. Para Monteiro e Guerra (2018).

A Lei da Anistia teria sido fruto, segundo o posicionamento da Corte, de acordo de quem possuía “legitimidade” social e política, naquele momento histórico, para celebrá-lo; para reforçar a tese da legitimidade da Lei da Anistia, e sua recepção pela Constituição Federal de 1988, a Corte refere-se à Emenda Constitucional n. 26/1985 – através da qual o Poder Constituinte convoca a Assembleia Nacional Constituinte -, que em seu art. 4º, § 1º, reafirma o disposto na Lei da Anistia, incorporando-a como um dos fundamentos da ordem constitucional que seria construída naquele momento. (MONTEIRO; GUERRA, 2018, p. 5).

Ainda de acordo com a decisão do STF, por ter havido ampla discussão dos mais diversos setores durante o processo de elaboração da lei, ela não poderia ser dotada de uma autoanistia, sobretudo por seu caráter bilateral.

Outro argumento usado pelos ministros é que não cabe ao poder judiciário modificar a lei, haja vista, que no Estado Democrático de Direito, tal poder não possui legitimidade para alterar redação de lei anterior, cabendo apenas ao Congresso Nacional fazê-lo.

Ainda no ano de 2010 o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, opôs embargos de declaração na ADPF nº 153, contudo esse aguarda julgamento. Sobre os motivos pelos quais o Conselho opôs tais embargos, Monteiro e Guerra (2018), expõem que:

O Conselho Federal da OAB, em agosto de 2010, opôs embargos de declaração na ADPF nº 153, apontando omissão na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em especial em relação: à inobservância, por parte do STF, da necessidade de interpretação da lei nº 6.683/79 em conformidade com a Constituição Federal de 1988, com os princípios do direito internacional de direitos humanos e com a vasta jurisprudência dos tribunais internacionais, entre os quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA – em relação, por exemplo, aos denominados crimes contra a humanidade, considerados impassíveis de anistia por determinação de leis nacionais, considerados imprescritíveis etc; à necessidade de manifestação sobre o desaparecimento forçado e o sequestro, tendo em vista sua natureza de ato permanente, os quais, em regra, somente admitem a contagem da prescrição a partir de sua consumação; ao fato de o STF estar afirmando, em tese, que o Estado brasileiro não se encontra submetido à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao considerar que a anistia concedida

pelo referido diploma legislativo teve caráter bilateral – o que, por si só, vai de encontro à realidade, uma vez que apenas os agentes do Estado foram, de fato, ampla e irrestritamente alcançados e protegidos pela lei. (MONTEIRO & GUERRA, 2018, p. 9).

A ADPF N°153, deu um pouco de esperança à sociedade brasileira e aos familiares das vítimas dos horrores da ditadura, de uma possível efetividade da Justiça de Transição nacional. Porém, seu julgamento, ao invés de ceifar um percalço que barra essa efetividade, colocou um novo obstáculo frente a uma justiça transicional realmente efetiva. O posicionamento da Suprema Corte, ao invés de positivar uma justiça eficiente, para aqueles que clamam pela punição dos agentes dos horrores da ditadura, ratificou o direito a não punição de seus crimes.

O posicionamento do governo brasileiro, frente a não punibilidade dos agentes estatais que cometeram crimes contra a humanidade durante a ditadura, tem ensejado punições junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH). Poucos meses depois do julgamento da ADPF N°153, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Esse julgamento ocorreu no mês de outubro de 2010, em novo julgamento no ano de 2018 o Brasil foi novamente condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo caso de Vladimir Herzog. A análise dos casos de Gomes Lund e Vladimir Herzog e como eles demonstram a falta de efetividade da Justiça de Transição brasileira são objetos de estudo no próximo capítulo desta obra.

4 - A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA EM FACE AOS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR HERZOG

4.1 OS CASOS GOMES LUND E VLADIMIR HERZOG

O Brasil acumula duas condenações junto ao tribunal da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH). A primeira delas do ano de 2010 no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) e a segunda do ano de 2018 no caso Vladimir Herzog e outros vs Brasil. Antes de tratar propriamente às condenações em questão, se faz necessário compreender a competência que a CORTE IDH tem para julgar violações cometidas no passado e a natureza de suas decisões.

De acordo com o que já foi exposto o Controle de Constitucionalidade adequa as normas, leis e decretos a Carta Magna do país. No caso de necessidade de adequação de tais normas aos acordos internacionais, para que elas não firam os direitos humanos se usa o Controle de Convencionalidade.

Nesse sentido, Guerra e Monteiro (2018), destacam que:

O controle de convencionalidade em sede internacional se apresenta como um mecanismo processual utilizado para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, etc.) viola algum preceito estabelecido pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos mediante um exame de confrontação normativo em um caso concreto. Assim, torna-se possível emitir uma sentença judicial e ordenar a modificação, revogação ou reforma das normas internas, fazendo prevalecer a eficácia da Convenção Americana. (MONTEIRO & GUERRA, 2018, p. 16).

E ainda que:

Sem embargo, o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato administrativo, jurisprudência, práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto, que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno. (MONTEIRO & GUERRA, 2018, p. 16).

Dessa forma tem a CORTE IDH o direito de atuar sob as normas jurídicas internas que violem os acordos internacionais no que tange questões ligadas aos direitos humanos. Quanto a competência da CORTE IDH para julgar violações

cometidas no passado, o Brasil apenas aceitou tal competência no ano de 1998 através do Decreto-Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998. Em sua ementa o decreto destaca que:

APROVA A SOLICITAÇÃO DE RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA OBRIGATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM TODOS OS CASOS RELATIVOS A INTERPRETAÇÃO OU APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA FATOS OCORRIDOS A PARTIR DO RECONHECIMENTO, DE ACORDO COM O PREVISTO NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 62 DAQUELE INSTRUMENTO INTERNACIONAL. (Decreto-Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998).

Por força do que traz o decreto fica evidenciado que tal aceitação por parte do Brasil é com a ressalva que apenas poderiam ser discutidos fatos que viessem a ocorrer posteriormente ao reconhecimento do decreto. Com isso o país tratou de excluir os casos anteriores ao decreto, em especial aqueles ligados a Ditadura Militar. Todavia, essa barreira temporal não tirou totalmente a competência da CORTE IDH de julgar casos anteriores a 3 de dezembro de 1998. Isso se dá ao fato de que embora a Corte não possa julgar o caso em si, ela pode apreciar o que foi feito após a assinatura do tratado, e também o que se deixou de ser feito por parte do governo brasileiro, em relação aos crimes contra humanidade. Crimes esses, diga-se de passagem, imprescritíveis, aqui cabe uma nova ressalva.

Um dos argumentos do governo nacional para não julgar e condenar os agentes do Estado pelos crimes cometidos durante a ditadura, contra os direitos humanos, é que esses crimes já teriam prescrevidos. Não obstante, ocorre que em boa parte do período que o Brasil esteve sob governos ditatoriais, uma norma internacional sobre imprescritibilidade de crimes contra a humanidade vigorou. A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, foi aprovada pela Assembleia da ONU em 1968 e afasta o argumento de que não vigorava nenhuma norma sobre imprescritibilidade dos crimes contra os direitos humanos, e em vista disso, os crimes cometidos por agentes estatais teriam prescrito.

Quanto à competência da CORTE HDI em julgar casos brasileiros, ela é indiscutível, porque embora os crimes sejam anteriores a 1998, a conduta brasileira é posterior a assinatura do tratado. Dessa forma, a ausência de investigação, a não persecução penal de casos que atentaram contra os direitos humanos também

configuram crimes contra a humanidade. Ademais não é admissível desconsiderar a natureza permanente de crimes como a ocultação de corpos dos desaparecidos entre outros crimes contínuos. Por tudo exposto, é irrefutável a competência da CORTE IDH em julgar ações contra os direitos humanos, praticadas antes de 1998.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH), foi criada em 1979, ou seja, é contemporânea a Lei da Anistia Brasileira. Caracteriza-se por ser um órgão jurisdicional americano e estar atrelado à Organização dos Estados Americanos (OEA). A CORTE IDH apresenta duas competências distintas, uma de caráter consultivo em relação à interpretação e aplicação da Convenção Americana dos Direitos Humanos. A outra de competência contenciosa, esta visa julgar afrontas a direitos humanos expressos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A segunda competência somente poderá ser aplicada àqueles Estados que tenham aceitado a submissão a CADH, sobre esta competência, André de Ramos Carvalho destaque,

“A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é competente para conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição, que, então, não é condição obrigatória para que um Estado ratifique a CADH. (CARVALHO IN, DICIONÁRIO JURÍDICO PUCSP).

As sentenças proferidas pela CORTE IDH são consideradas internacionais, de caráter definitivo e não cabe apelação. Tal sentença ainda vincula o Estado condenado a cumprir com o direito ou liberdade violada. Em linhas gerais é possível destacar que as decisões proferidas pela CORTE IDH, tem natureza internacional, definitivo e inapelável. Compreendida a legitimidade e a natureza das decisões da CORTE IDH, é hora de tratar das duas condenações brasileiras a que este trabalho se propôs discutir.

O caso “Gomes Lund e Outros” (Guerrilha do Araguaia) se refere à demanda submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil em 26 de março de 2009 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O julgamento desse caso ocorreu no ano de 2010 e sua sentença foi proferida no dia 24 de novembro do mesmo ano.

Essa demanda opunha de um lado as das vítimas e familiares da Guerrilha do Araguaia, vítimas estas em decorrência da responsabilidade dos militares brasileiros por detenções arbitrárias, prática de tortura e desaparecimento forçado de membros

do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. Essas práticas foram empreendidas quando da operação do Exército com objetivo de erradicar a Guerrilha no contexto da Ditadura Civil - Militar brasileira. Do outro lado da lide estava o governo brasileiro, que por força do que a Lei da Anistia estabelece, alega que não é possível responsabilizar os agentes envolvidos nos crimes.

A Guerrilha do Araguaia surgiu como um braço de oposição ao regime ditatorial, o objetivo era criar um grupo armado popular que atuasse para por um fim a ditadura. A partir do ano de 1972 o governo brasileiro passou a empreender campanhas contra a guerrilha, tais campanhas se estabeleceram como operações que visavam eliminar os guerrilheiros. Dessa forma, os integrantes da Guerrilha do Araguaia foram mais um grupo de indivíduos que experimentaram as atrocidades do Estado ditatorial brasileiro. Prova da brutalidade das campanhas impostas é que não há indícios de mortos, pois não se entregavam cadáveres, quem fosse capturado jamais seria visto novamente, a respeito disso o relatório da comissão destaca:

No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, “[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento”. (CIDH, 2010, p. 33).

Foi neste cenário que diversos crimes foram cometidos, entre eles o desaparecimento forçado de inúmeros integrantes da Guerrilha do Araguaia. Entre os desaparecidos está Guilherme Gomes Lund, estudante desaparecido que deu nome ao caso Gomes Lund e outros. Passadas mais de três décadas desde os embates na região os restos mortais dos desaparecidos que fazem parte do caso ainda não foram identificados. Dentro desse contexto e diante da busca de respostas e reparação das famílias das vítimas é que o Brasil foi demandado junto Corte Interamericana de Direitos Humanos, que aceitou a demanda conforme relatório da Comissão:

Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em 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 vítimas. (COMISSÃO 2010, p. 3-4).

Como pode ser observado, além da responsabilização pelos crimes cometidos pelos agentes do Estado, a demanda foi aceita pela aplicação da Lei da Anistia por parte do Governo Brasileiro. Isso decorre do fato da lei estar em desacordo com o que se convencionou no Pacto de José da Costa Rica.

O governo brasileiro em sua defesa expos preliminarmente três argumentos: a incompetência da Corte em julgar o caso, dado o tempo transcorrido, falta de interesse processual da demandante e possibilidade de recursos internos. Posterior a isso ainda acrescentou como exceção preliminar a “regra da quarta instância” com relação a um fato que qualificou como superveniente. Em relação ao primeiro argumento a Comissão alegou que:

13. A Comissão afirmou que, em virtude das datas de ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal por parte do Estado, a demanda se refere unicamente às violações dos direitos previstos na Convenção Americana que persistem depois desse reconhecimento de competência, em razão da natureza continuada do desaparecimento forçado ou que são posteriores a esse reconhecimento. Desse modo, afirmou que a Corte tem competência para conhecer das violações apresentadas na demanda. (CIDH, 2010, p. 8).

A CORTE IDH acatou os argumentos da Comissão, ela ainda destacou que se tratavam de ser crimes de caráter permanente e continuado. E pelas violações por parte do Estado em relação ao direito à informação, à verdade e à justiça persistirem, mesmo depois da ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado brasileiro, a CORTE IDH tem competência para julgar o caso. Relativo à falta de interesse processual a Comissão aludiu que:

31... O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado. (CIDH, 2010, p. 14).

Vencida a questão da falta de interesse processual, a Corte se debruçou sobre os argumentos do Estado Brasileiro e da Comissão a respeito do não esgotamento dos recursos internos e declarou que:

Tribunal analisará unicamente a alegação do Estado referente à falta de esgotamento dos recursos internos a respeito da Ação Ordinária. No momento em que a Comissão emitiu o Relatório nº 33/01, em 6 de março de 2001, passados mais de 19 anos do início dessa ação, não havia uma decisão definitiva do mérito no âmbito interno. Por esse motivo, a Comissão concluiu que o atraso do processo não podia ser considerado razoável. A Comissão, por conseguinte, entendeu que não se podia exigir o requisito do esgotamento dos recursos internos e aplicou ao caso o artigo 46.2.c da Convenção. A Corte observa que não se deduz do expediente a alegada análise inadequada por parte da Comissão a respeito desta exceção. De igual maneira, durante a tramitação do caso perante a Corte, o Estado teve a oportunidade de apresentar seus argumentos de defesa quanto a todos os aspectos da demanda, apesar do que, não demonstrou prejuízo a seu direito de defesa em razão da referida atuação da Comissão. Desse modo, o Tribunal não encontra elementos para modificar, neste caso, o que foi decidido pela Comissão Interamericana. Além disso, a partir dos argumentos das partes e das provas contidas no expediente, a Corte observa que as alegações do Estado relativas à eficácia do recurso e à inexistência de um atraso injustificado na Ação Ordinária versam sobre questões relacionadas com o mérito do caso, uma vez que contradizem as alegações relacionadas com a suposta violação dos artigos 8, 13 e 25 da Convenção Americana. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal desestima esta exceção preliminar. (CIDH, 2010, p. 17-18).

Entendeu a Corte, não ser razoável a demora da justiça brasileira em julgar o caso, destarte acatou as alegações da comissão. Por fim, relativo à regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a Corte se posicionou contrária à alegação do governo brasileiro, pois entendeu que:

49 Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, 44 o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei da Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 infra), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Conseqüentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar. (CIDH, 2010, p. 20).

Depois de ouvidas as alegações do Estado Brasileiro e da Comissão a Corte Interamericana de Direitos Humanos resolveu condenar o Brasil por suas ações em relação ao caso Gomes Lund e outros e declarou por unanimidade:

3. As disposições da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei da Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.

6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.

7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão. (CIDH, 2010, p. 113-114).

Dentro do que declarou a CORTE IDH alguns pontos são interessantes de serem expostos. O primeiro deles é que não pode mais a Lei da Anistia de 1979

figurar como um obstáculo às investigações e as condenações daqueles que extrapolaram os limites dos Direitos Humanos. No mesmo sentido é a responsabilização do Estado, por não adequar suas normas de direito interno aos tratados internacionais sobre os Direitos Humanos. Os demais pontos da condenação, estão ligados às ações dos agentes estatais durante a ditadura, ações como desaparecimento forçado, tortura, violação do direito de liberdade, de pensamento e de expressão, violação do direito a integridade física entre outros. Em face do que foi articulado na responsabilização estatal, o Estado brasileiro foi condenado a cumprir mais de dez ações relativas à investigação e reparação às vítimas ligadas ao caso Gomes Lund.

Dentre estas ações é possível destacar:

9. O Estado deve 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, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

10. O Estado deve 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, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença.

11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença. (CIDH, 2010, p. 114).

Essa foi a primeira condenação do Estado brasileiro a que este trabalho se propôs a discutir, a segunda é a respeito do caso Vladimir Herzog e outros vs Brasil.

O caso do jornalista Vladimir Herzog, é considerado um dos mais emblemáticos dentre os que ocorreram durante a ditadura brasileira. Vlado, como era popularmente conhecido, nasceu em 27 de junho de 1937, na cidade de Osijek, na Croácia, morou na Itália e aos nove anos de idade, acompanhando o restante da família ingressou no Brasil como refugiado da guerra. Firmou residência em São Paulo onde cursou Filosofia na Universidade de São Paulo. Aos 21 anos iniciou sua carreira como jornalista, no jornal O Estado de São Paulo. Nos anos que se seguiram Vladimir passou a trabalhar com televisão em 1963. Em 1965 mudou-se para Londres para trabalhar a serviço da BBC. No ano de 1968, retornou ao Brasil, após seu retorno, ocupou importantes funções na revista Visão e foi professor de telejornalismo na Fundação Armando Álvares Penteado (Faap) e na Escola de

Comunicações e Artes da USP. Sua carreira de sucesso fez com que ele fosse escolhido em 1975 para dirigir o jornalismo da TV.

No dia 24 de outubro de 1975, Vladimir Herzog foi chamado para prestar depoimento na sede do DOI-CODI/SP, a intimação era a respeito de suas ligações com o Partido Comunista Brasileiro (PCB). Após entrar pelos portões do DOI-CODI/SP Herzog só sairia de lá morto, de acordo com a sentença os fatos ocorridos foram os seguintes:

121. Na noite de 24 de outubro de 1975, dois agentes do DOI/CODI apresentaram-se na sede da TV Cultura, onde Vladimir Herzog se encontrava trabalhando. O senhor Herzog foi intimado a acompanhá-los à sede desse organismo, a fim de prestar declaração testemunhal. Após a intervenção da direção do canal, as forças de segurança aceitaram notificar o senhor Herzog para que “voluntariamente” depusesse na manhã do dia seguinte.

122. Vladimir Herzog se apresentou na sede do DOI/CODI na manhã do sábado, 25 de outubro, voluntariamente. Ao chegar, foi privado de sua liberdade, interrogado e torturado...

123. Na tarde desse mesmo dia, Vladimir Herzog foi assassinado pelos membros do DOI/CODI que o mantinham preso. Segundo perícia da Comissão Nacional da Verdade, determinou-se que foi estrangulado. Vladimir Herzog tinha 38 anos.

124. Nesse mesmo dia, o Comando do II Exército, mediante comunicado, divulgou publicamente a versão oficial dos fatos. Afirmou que Vladimir Herzog se suicidara, enforcando-se com uma tira de pano. O comunicado informava que Herzog havia sido convidado a comparecer, já que fora citado por Konder e Duque Estrada como militante do PCB. Segundo essa versão, durante uma acareação com os jornalistas mencionados, Herzog teria confessado sua participação no partido, e teria feito, inclusive, uma declaração por escrito. Finalmente, o comunicado afirmou que uma perícia técnica teria confirmado a morte por suicídio. (CIDH, 2018, p. 25-26).

Após a morte de Vladimir Herzog houve grande comoção, logo após a morte do jornalista a viúva de Herzog, Clarice Herzog, começou peregrinação busca da verdade e justiça sobre a morte de seu companheiro. Em 1979 o Estado brasileiro foi responsabilizado pela justiça do país pela prisão ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog. Contudo, com a promulgação da Lei nº 6.683, que anistiou a todos que cometeram crimes como o assassinato de Herzog um marco temporal de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto 1979, a condenação perdeu a validade.

A referida Lei barrou todas as tentativas de reabrir as investigações sobre a morte do jornalista. Não havendo a quem recorrer em âmbito nacional os familiares decidiram recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No dia 15 de março de 2018 a CORTE IDH proferiu sentença no Caso Herzog e Outros versus Brasil. A petição inicial deste caso foi apresentada a Comissão Interamericana no dia 10 de julho de 2009. No dia 8 de novembro de 2012, a

Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e no dia 28 de outubro de 2015, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito. Ao aprovar tal relatório a Comissão concluiu que:

A Comissão concluiu que o Estado era responsável internacionalmente: a. pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana; b. pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; c. pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “CIPST”). (CIDH, 2018, p. 3).

A comissão fez algumas recomendações ao Brasil, sendo elas:

- a. determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis por essas violações, e publicar os resultados dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa humanidade são inaniáveis e imprescritíveis;
- b. adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei N° 6.683/79 (Lei da Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de non bis in idem não continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos;
- c. oferecer reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico e a realização de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso, além do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de sus familiares; e
- d. reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral. (CIDH, 2018, p. 3-4).

Uma vez que as recomendações não foram atendidas em sua totalidade, a comissão submeteu o caso a CORET IDH no dia 16 de abril de 2016. O Estado apresentou a Corte nove exceções preliminares sendo elas:

- a) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores ao reconhecimento de competência contenciosa da Corte;
- b) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores à adesão à Convenção Americana;
- c) a incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST);
- d) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores à entrada em vigor da CIPST para o Estado brasileiro;

- e) o descumprimento do prazo para a apresentação da petição à Comissão a respeito de alegadas violações dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana e do artigo 8 da CIPST;
- f) a falta de esgotamento dos recursos internos para obter uma reparação pecuniária por alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana e reparações de qualquer natureza sobre a alegada violação do artigo 5.1 do mesmo instrumento;
- g) a incompetência *ratione materiae* para revisar decisões internas sobre possíveis violações dos artigos 8 e 25 da Convenção (exceção de quarta instância);
- h) a incompetência *ratione materiae* para analisar fatos diferentes daqueles submetidos pela Comissão; e
- i) a inconveniência da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão. (CIDH, 2018, p. 7).

Após a Corte receber as alegações do Estado e as observações da Comissão, julgou parcialmente procedente a alegação a, procedente a alegação g, e improcedente as demais. O processo teve sua sentença quase dois anos após a Corte receber o mesmo. A sentença proferida em 15 de março de 2018 condenou o Brasil no caso Vladimir Herzog e outros, por ser responsável pelas violações contra os direitos humanos, pela violação às garantias judiciais e à proteção judicial. Além da violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog e pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A condenação também determina que o Estado adote várias medidas relacionadas ao caso Vladimir Herzog, dentre as quais é possível destacar:

- 9. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte. Esse ato deverá ser realizado de acordo com o disposto no parágrafo 380 da presente Sentença. (CIDH, 2018, p. 102).

Depois de dois casos e duas condenações, poucas ações foram tomadas pelo governo brasileiro, isso é mais um reflexo da (in)efetividade da Justiça de Transição do país, tema que será tratado de forma mais ampla no próximo subcapítulo deste trabalho.

4.2 A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DO BRASIL FRENTE AO ESTABELECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Este é o derradeiro subcapítulo deste trabalho, nele serão apresentadas as consequências do descumprimento, por parte do Estado brasileiro, das sentenças dos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog. Também serão fruto de análise algumas decisões do judiciário brasileiro que corroboram com a (in)efetividade da justiça transicional brasileira.

A Justiça de Transição brasileira apresenta como uma de suas principais características a ambiguidade, e esta faz o fiel da balança pesar para o lado de uma justiça transicional ineficaz. A ambiguidade está pautada, sobretudo na relação do país e o que determinam os acordos internacionais especialmente no que tange a proteção internacional dos direitos humanos.

É vasta a gama de acordos e tratados internacionais, que tem como principal objetivo a proteção da dignidade humana em seus mais variados aspectos. Tratados estes que definem padrões universais mínimos para que se garanta uma vida digna ao indivíduo. Precisamente são essas normas que asseguram e ampliam proteção dos direitos humanos, sobretudo em situações em que o direito doméstico atue de forma menos favorável, ou não garanta a observação e a aplicação dos padrões universais mínimos.

Dentro desse contexto o Brasil guarda uma atuação marcada pela ambiguidade. Se por um lado, em seu direito interno ratifica aquilo que o direito internacional determina a respeito do direito a dignidade da pessoa humana, por outro lado a postura do judiciário se afasta de tais normas. A respeito dessa ambiguidade McArthur (2012), estabelece que:

Por um lado, observa-se a ampla inserção do país e a coadunação de seu ordenamento jurídico interno com a realidade de proteção internacional dos direitos humanos. A própria Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade humana e os direitos humanos como princípios basilares do Estado de Direito brasileiro, em consonância com o extenso rol de direitos reconhecidos, de forma aberta, em seu texto. Ademais, o Brasil tem ratificado todos os principais tratados internacionais de proteção material e institucional dos direitos humanos, inserindo-se, voluntariamente, na dinâmica internacional da proteção desses direitos. (MCARTHUR, 2012, p. 103).

Como exposto pela autora, desde a Constituição Federal de 1988 o direito brasileiro consagra a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos como princípios primordiais do direito nacional. Além disso, o Estado tem aderido e confirmado de forma espontânea aos principais tratados internacionais que versam sobre dos direitos humanos.

O que traça a ambiguidade são justamente as ações práticas por parte do judiciário nacional. Especialmente a Suprema Corte nacional tem aderido a posicionamentos conservadores e em desconformidade com os tratados em que o Brasil é signatário. Essa conduta tem servido como barreira para efetivação da consolidação da proteção ampla que os direitos humanos internacionais representam e de uma Justiça de Transição concreta. Situação que ensejou condenação do país junto a CIDH conforme destaca McArthur (2012):

No caso específico da proteção dos direitos humanos em justiça de transição, no entanto, o afastamento brasileiro dos compromissos internacionais assumidos pelo próprio Estado ultrapassou a seara da discussão acadêmico-jurídica e política e restou consagrado na condenação do país à responsabilidade internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas violações de direitos humanos relacionados com o desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia.¹¹⁰ A Corte deixou claro que o Brasil vem violando obrigações internacionais de investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, de forma incompatível com a Convenção Americana, e condenou o Brasil a uma série de medidas reparatórias. (MCARTHUR, 2012, p. 103-104).

A condenação do Brasil na CIDH, já discutida aqui, representa de forma muito clara a (in)efetividade da justiça transicional nacional. Essa condenação também é exemplo de como o Estado brasileiro está passível de novas sanções, pois sempre que desconsiderar as diretrizes internacionais a respeito da dignidade e proteção da pessoa humana, estará à mercê de uma nova condenação. Se o objetivo do país for evitar novas condenações, a primeira norma a ser revista é a Lei da Anistia. Pois é principalmente a forma como ela tem sido aplicada, que tem propiciado que o Brasil acumule condenações por atuar em desacordo com os tratados internacionais sobre os direitos humanos. A respeito de necessidade de uma revisão na referida lei, McArthur pontua que:

No caso da justiça de transição e da Lei da Anistia, independentemente da forma com que esta seja, no Brasil, interpretada e aplicada, ou seja, ainda que se argumente por sua validade e legitimidade no nosso país, ainda que se evite a discussão sobre a qualidade cogente de certas normas internacionais, bem como sobre os diversos princípios e disposições do Direito Penal Internacional, esta norma fere, de forma expressa e (desde a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos) indubitável, as normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Brasil, no mínimo no âmbito de proteção do sistema interamericano de direitos. Este é um fato que o Brasil tem que enfrentar. (MCARTHUR, 2012, p. 104).

O fato de o país ter tido duas condenações internacionais por não cumprir com o que a proteção dos direitos humanos estabelece, não significa que este cenário tenha sido alterado, especialmente porque o Estado sequer teve a preocupação de cumprir o que determinou as sanções internacionais.

O Ministério Público Federal (MPF) estabeleceu diretrizes de atuação com o objetivo que a sentença proferida pela CORTE IDH, no caso Gomes Lund, fosse cumprida. Dessa forma reconheceu a validade da sentença, a legitimidade do tribunal internacional em face aos acordos internacionais assinados pelo Brasil e desconsiderou a possibilidade da ADPF Nº153 pudesse ser empecilho para o cumprimento da sentença, sobretudo por ela não possuir maior eficácia vinculante. Entretanto, mesmo com parecer do MPF favorável ao cumprimento da sentença o posicionamento adotado pelo país foi diverso. O Governo Federal, através da Advocacia Geral da União (AGU), encaminhou o seguinte parecer à Corte Suprema:

disse que o Brasil não estaria obrigado a cumprir a decisão da Corte Interamericana. Para isto, argumentou que a Convenção Interamericana, que foi a base legal para a condenação ao Brasil, foi referendada 13 anos depois do início da vigência da Lei da Anistia. Acrescentou que está amparada na Constituição e na decisão do STF em manter a anistia a todos os crimes cometidos por agentes de Estado e por militantes de esquerda durante a ditadura. 'Os votos lançados no acórdão embargado expõem fundamentos jurídicos extraídos da Constituição Federal e explicitam, ainda, que o Brasil não estaria obrigado a adotar convenções internacionais por ele não ratificadas ou convenções que tenha vindo a ratificar em data posterior à anistia concedida pela lei 6.683/1979, afirmou Adams. (AGU, 2012).

Este parecer deixa claro o desalinhamento entre a política externa exercida pelo Brasil, que se submeteu a ratificar a Convenção Americana e aceitar a competência da Corte, e sua política interna. Amplia essa posição incongruente entre o direito interno e externo, a forma como então presidente do STF Cesar Peluso, defendeu com proeminência a permanência do disposto na Lei da Anistia, através da prevalência da ADPF Nº 153. De acordo com Marcos José Pinto (2012):

O presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. "Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo", disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos. O ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão do STF para cumprir a sentença da Corte Interamericana. "É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF", disse. "Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições

pátrias e às decisões do Supremo. E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal.” Voto vencido no julgamento da Lei da Anistia, o ministro Carlos Ayres Britto concordou que prevalece a decisão do STF sobre a sentença da Corte Interamericana. Mas admitiu que o Brasil fica em posição delicada no âmbito internacional. “Isso é uma saia justa, um constrangimento para o País criado pelo poder que é o menos sujeito a esse tipo de vulnerabilidade (o Judiciário)”, disse: Se o Supremo decidiu que a Lei da Anistia beneficiou os agentes de Estado que cometeram, por exemplo, crimes de tortura durante a ditadura militar, a Corte Interamericana condenou o Brasil a investigar e punir criminalmente esses mesmos agentes “As disposições da lei são incompatíveis com a Convenção Americana (de Direitos Humanos), carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis”, decidiu o tribunal. (PINTO, 2012).

Este posicionamento do STF, tem levado a juízes de primeira instância e Tribunais a julgar improcedentes casos que visam responsabilizar e o punir os agentes do Estado por crimes contra os direitos humanos perpetrados durante a Ditadura Militar. O apego de juízes a ADPF Nº153 tem levado a desconsideração do que arbitrou a CORTE IDH no caso Gomes Lund e outros. Poucas são as decisões que dão maior peso as tratados internacionais e desconsideram a ADPF nº153, tão escassas são elas, que é preciso que sejam destacadas neste trabalho. Destaque este no intuito de demonstrar que ainda existem magistrados conscientes que os agentes do Estado são responsáveis pelos horrores da ditadura. A juíza Nair Cristina Corado Pimenta de Castro, da 2ª Vara Federal em Marabá, aceitou parecer do Ministério Público Federal (MPF) e decidiu pela sequência do caso envolvendo o coronel da reserva Sebastião Rodrigues de Moura, o Curió, pelo sequestro de cinco militantes entre janeiro e setembro de 1974. Na mesma data, a juíza, decidiu dar sequência à ação contra o major da reserva Lício Augusto Maciel, conhecido como doutor Asdrúbal, este denunciado pelo rapto de Divino Ferreira de Sousa, o Nunes, visto pela última vez em 1973. A decisão da juíza é tão fora da curva que foi destacada por Peres e Breda (2012):

A juíza acolheu a argumentação anterior do STF de que sequestros são crimes continuados, que não cessam enquanto não se apresenta o corpo, não se comprova a morte ou se coloca a vítima em liberdade. [...] Agora, a magistrada aponta que a investigação penal sobre os crimes é um direito das famílias das vítimas e pode, inclusive, levar à certeza sobre a morte dos militantes. [...] Nair Pimenta de Castro foi, inclusive, além da argumentação do STF nos casos de extradição e afirmou que a Lei da Anistia, aprovada em 1979 pelo Congresso ainda sob ditadura, não pode, neste caso, valer como impeditivo para apurações sobre os fatos do passado. “Na hipótese dos autos, entretanto, está-se diante de algo que não passou, de evento que, em tese, não ficou no passado, antes perdura até que os indícios de

sua permanência sejam suplantados por elementos evidenciadores de sua cessação”, disse. (PERES; BREDA, 2012).

As decisões da juíza dá um falso ar de efetividade da justiça transicional brasileira, ar este que se extingue frente às muitas decisões que tomam como base a ADPF Nº 153.

No caso da condenação brasileira em pela CORTE IDH no ano de 2010, de fato o Brasil enviou em 2011 um relatório onde destacava ter acatado todas as determinações impostas pela condenação. Entretanto, a CORTE IDH entendeu que não houve qualquer medida quanto à adequação da ordem interna e investigação dos crimes praticados à época da “Guerrilha do Araguaia”.

Mais de uma década passada do julgamento, ainda persiste o questionamento de quais motivos levaram o Brasil a não cumprir como um todo a condenação imposta pela Corte. Talvez o que melhor explique esse questionamento é a falta de caráter coercitivo do sistema internacional, em outras palavras a falta de mecanismos que obriguem o país a adotar na totalidade as medidas impostas pela CORTE IDH. A respeito disso, Moura e Torres (2012) colocam que:

Vale destacar que apesar do caráter obrigatório da proteção aos direitos humanos não existe um sistema coercitivo internacional capaz de garantir a obrigatoriedade das normas. O que existem são mecanismos de constrangimentos políticos, tais como a citação do Estado infrator no relatório anual da Organização dos Estados Americanos. Ainda, o não cumprimento da sentença levaria a uma nova responsabilidade internacional para o país, ensejando nova ação internacional perante a Corte Interamericana, nova condenação, e assim por diante. (MOURA; TORRES, 2012, P. 193).

A falta de efetividade da Justiça transicional brasileira, levou o país a ser novamente condenado em 2018 no caso Vladimir Herzog. Passados mais de quatro anos da condenação é evidente que a mesma se deu por motivos muito parecidos com a do Caso Gomes Lund. Em especial é possível destacar a omissão do Estado brasileiro, sempre sob tutela da Lei da Anistia de 1979, reiterada pela ADPF Nº 153.

As omissões do Estado em relação às condenações internacionais ligadas aos direitos humanos, estão sempre relacionadas à falta do Controle de Convencionalidade. Assim ocorreu nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, bem como ocorre em reiteradas decisões dos tribunais nacionais.

O primeiro julgado a ser analisado teve sua decisão a mais de nove anos. Ele trata de um Habeas Corpus em favor de Sebastião Curió Rodrigues de Moura,

militar da reserva, diante de decisão da 2ª Vara Federal de Marabá/PA, que recebeu denúncia que imputa a Sebastião o crime de sequestro e cárcere privado, supostamente ocorrido nos anos de 1974, tendo como vítimas Maria Célia Corrêa, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua e Telma Regina Cordeira Corrêa, cujo paradeiro, de então a esta parte, é desconhecido.

A decisão foi proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 0068063-92.2012.4.01.0000/PA, nos seguintes termos:

...o fato é que a lei da anistia tornou juridicamente impossível a persecução penal em exame, sem falar que os fundamentos da decisão, que, em juízo de retratação, recebeu a denúncia, têm base em premissas cuja lógica é apenas teórica e conceitual, sem uma efetiva conexão com os fatos do processo, com a devida licença.

[...]

Não é aceitável, sem ilegalidade, que o juízo de admissibilidade da ação, diante de fatos já exauridos nos planos da análise histórica, política e, sobretudo, jurídica, desconsidere-os todos, inclusive o veredicto do STF sobre a matéria, que se alça ao nível de impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de ser necessária a instrução processual.

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund, cujo resultado, ao que se afirma, impôs ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, e nem na decisão do STF sobre a matéria.

A investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica, para todas as gerações, de ontem e de hoje, no exercício do denominado “dever de memória” o que não se submete a prazos de prescrição. Não o da abertura de persecução penal em relação a (supostos) fatos incluídos na anistia da Lei 6.683, de 19/12/1979 e, de resto, sepultados penalmente pela prescrição.

Nesta primeira decisão o desembargador Federal Olindo Menezes deixa claro que a não persecução penal é fruto daquilo que dispõe a Lei da Anistia de 1979. É notório que este caso é o mesmo que havia sido apreciado e aceito pela juíza Nair Cristina Corado Pimenta, e que aqui a decisão da juíza de dar continuidade a ação penal foi desqualificada pelo desembargador.

A segunda decisão é da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e trata da rejeição da denúncia na ação penal 0801434-65.2013.4.02.5101. De acordo com a decisão, trata-se de Recurso interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão do Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, da 02ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Luiz Mário Vale Correia Lima, Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez Dos Reis e Valter da Costa Jacarandá pela

prisão, tortura e posterior desaparecimento de Mário Alves. A vítima foi presa no dia 16 de janeiro de 1970, por volta das 20 horas. Após sua prisão foi levada ao Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI/RJ), especificamente o 1º Batalhão de Polícia do Exército, localizado na Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro, donde nunca mais foi vista pelos familiares.

Em sua decisão o desembargador relator do caso aponta que:

“(...) Preliminarmente, alguns aspectos devem ser salientados: o primeiro, que a Corte IDH não decidiu acerca dos fatos tratados na denúncia, não havendo, portanto, que se reconhecer, tecnicamente, qualquer vinculação.

Em segundo lugar, que, em se tratando de decisão oriunda de Tribunal Internacional, ‘o caráter das sentenças é meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial’.

Em terceiro lugar, porque a decisão do caso *Lund vs Brasil* é de eficácia duvidosa, posto que prolatada em desconformidade com o termo de submissão do Brasil à competência da Corte IDH (...)”

[...]

Ante o exposto, resta concluir que aqui não me cabe confrontar a Lei da Anistia com a sentença proferida pela Corte IDH no caso GOMES LUND vs BRASIL. Trata-se de sentença com eficácia restrita ao Estado-parte, desvinculada dos fatos narrados na presente denúncia, e que geraria – independentemente de qualquer obrigação indenizatória no campo internacional por descumprimento – inoportuna e ilegal revisão de normas estáveis de direito interno.

Como é possível observar, em seu voto o desembargador federal Paulo Espírito Santo, relator do caso desqualifica o recurso do MPF sob argumento da falta de caráter coercitivo da decisão da Corte IDH, e até mesmo pondo em dúvida a eficácia da decisão do caso Gomes Lund e outros.

A terceira decisão aqui trazida é decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no recurso em sentido estrito 0004204- 32.2012.4.03.6181/SP: Em seu relatório o desembargador relator, Desembargador Federal Peixoto Junior destaca que:

Denúncia que não pode ser recebida em respeito à ordem jurídico-penal que estabelece como causas de extinção da punibilidade a prescrição e também a anistia. Extinta a punibilidade ilegal seria a instauração de ação penal, sem graves danos ao Estado Democrático de Direito não se viabilizando a persecução penal.

[...]

Alegações de inoponibilidade da anistia e de descumprimento de decisão o da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se aduz ser posterior a ADPF no 153 rejeitadas porquanto decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia erga omnes e

efeito vinculante, ou seja, atingem todos e atrelam os demais órgãos do Poder Público, cabendo ao próprio Supremo Tribunal Federal eventual revisão, ademais tendo o Brasil promulgado a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, o que não é o caso dos autos. Inteligência dos artigos 10, § 3º, da Lei 9.882/99 e 102, inciso I, alínea I, § 1º, da Constituição Federal.

Na análise dessas três decisões é possível observar pelos julgamentos que as decisões em questão ignoram o julgamento da Corte IDH. Mesmo quando reconhecem o julgamento, estabelecem uma espécie de conflito com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Ao assim fazê-lo demonstram considerável equívoco quanto à aplicação dos preceitos relativos ao controle de constitucionalidade e ao controle de convencionalidade. Assim mais uma vez enfraquecendo a Justiça de Transição Brasileira e tornando-a (in)efetiva.

Importante destacar que existem decisões nos tribunais nacionais que reconhecem a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e afastam a aplicação da Lei nº 6.683/79 e a prescrição como óbices da persecução penal dos casos que lhe são apresentados, contudo tais decisões ainda são minoritárias. Essa dubiedade causa insegurança jurídica, quiçá essa insegurança será afastada e a efetividade da Justiça Transicional brasileira virá, quando a Suprema Corte Nacional rever seu entendimento em relação à Lei 6.683 de 1979.

O STF perdeu essa oportunidade ao julgar a ADPF Nº153, todavia terá novamente essa possibilidade ao analisar a ADPF Nº 320, que pede a declaração de invalidade da Lei da Anistia quanto a graves violações de direitos humanos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 320 foi apresentada ao STF em maio de 2014 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), está sob relatoria do Ministro Luiz Fux e aguarda julgamento.

Logo, há um grande conflito jurisprudencial sobre tema que merece ser esclarecido. O Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de manifestar-se novamente sobre a Lei nº 6.683, após o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da oposição de embargos declaratórios pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADPF nº 153 e na ADPF nº 320.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ditaduras assolaram vários países da América Latina na segunda metade do século XX. Após o fim dos regimes ditatoriais a redemocratização trouxe a esses países muitos desafios, entre eles a reparação às vítimas e seus familiares dos excessos cometidos durante os governos militares e a responsabilização daqueles que cometeram tais excessos. A necessidade cumprir com essas reparações e responsabilizações fez surgir a Justiça de Transição.

A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) em conformidade com o artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) tem como principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas. Dentro dessa perspectiva, vários tratados foram firmados internacionalmente, todos visando à proteção do direito a dignidade humana. Um dos principais tratados é o Pacto de São José da Costa Rica que foi assinado na década de 1960 e é apontado como marco político e normativo na proteção, no respeito e na promoção dos Direitos Humanos, especialmente, nas Américas. O Brasil se tornou signatário desse pacto após depositar sua carta de adesão a ele em 25 de setembro de 1992. Com a ratificação por parte do governo brasileiro ao pacto, se esperava que as ações da Justiça de Transição brasileira se tornassem totalmente efetivas, mas infelizmente não foi bem assim que aconteceu.

A Justiça de Transição, que não tem um conceito fechado, pode ser considerada um conjunto de mecanismos jurídicos ou não que visam atender a demanda da responsabilização dos agentes estatais e dos Estados pelas violações dos direitos humanos durante a ditadura, bem como conseguir reparações às vítimas e seus familiares.

No caso brasileiro a Justiça de Transição experimentou ações efetivas e outras nem tanto. Em relação às ações efetivas é possível destacar promulgação da Lei 9.140, essa lei reconheceu 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. Outra atitude tida como positiva foi a promulgação da Lei nº 10.559 de 13 de novembro de 2002 que colocou em vigor o Regime do Anistiado Político, este nada mencionou a respeito da não punibilidade daqueles que cometeram crimes contra a humanidade durante a ditadura. Em 2009 conforme o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) preconizou a criação da

Comissão Nacional da Verdade (CNV), Comissão que foi criada em 11 de novembro de 2011 através da Lei 12.528.

Se por um lado é possível estabelecer medidas positivas na busca da efetivação de uma justiça transicional nacional, por outro lado também não faltam medidas que barram tal efetividade. A primeira e talvez maior delas é a Lei 6.683 de 1979, conhecida como Lei da Anistia. Essa lei por força do seu artigo 1º anistiou a todos que no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos. Os apontamentos negativos a respeito dessa lei são principalmente a anistia bilateral que assim como anistiou oprimidos anistiou opressores. Além disso, essa lei foi feita sob o braço pesado do Estado Ditatorial, ou seja, sem discussão da sociedade civil. Além da Lei da Anistia, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153 (ADPF Nº 153) igualmente pode ser caracterizada como ponto negativo em relação à efetividade da justiça transicional. Isso se dá ao fato de que esta ADPF tinha por finalidade questionar a legitimidade da Lei da Anistia em relação ao amplo perdão pelos crimes cometidos durante os anos estabelecidos em seu artigo primeiro. No entanto, ao votar a ADPF a Suprema Corte brasileira julgou improcedente a ação e ratificou a validade da Lei 6.683.

A confirmação da Lei da Anistia pelo Supremo Tribunal Federal está em desacordo com o Controle de Convencionalidade, que tem por finalidade alinhar as normas internas, menos favoráveis aos direitos humanos, ao que definem os tratados internacionais. A união da Lei da Anistia, com o posicionamento dos Ministros do STF em relação a ADPF Nº 153 figuram como o maior percalço à uma justiça transicional efetiva em nosso país.

Da mesma forma, outras ações do governo brasileiro colaboram para essa falta de efetividade. Ações como extinção no dia 16 de dezembro de 2022 da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Essa comissão que tinha como uma de suas funções a investigação dos crimes cometidos durante a ditadura foi extinta sob a égide de um governo sabidamente defensor da Ditadura Militar.

A falta do Controle de Convencionalidade em relação à Lei da Anistia de 1979 é a principal mola propulsora da (in)efetividade da Justiça de Transição nacional. Prova disso é que das 11 condenações que o país acumula na Corte IDH, duas delas estão intrinsecamente ligadas à falta desse controle. Tanto o Caso Gomes

Lund quanto o caso Vladimir Herzog, tem como um dos seus principais aspectos a inércia do governo em investigar e punir os agentes que cometeram os crimes. Essa letargia do governo nacional é baseada na anistia bilateral concedida pela Lei de 1979.

Fato é que internacionalmente o Brasil é visto como um país marcado pela (in)efetividade da Justiça de Transição. O Brasil se tornou uma nação que virou as costas para o Controle de Convencionalidade em prol de uma lei ultrapassada e que só beneficia sujeitos que deveriam estar pagando judicialmente por seus atos. Mais triste é perceber que essa (in)efetividade não se resume aos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, o que já é totalmente condenável. Mas, valendo-se da Lei da Anistia de 1979, juízes e tribunais tomam decisões antagônicas ao que determinam os tratados internacionais em relação à violação dos direitos humanos.

O que se espera com uma boa quantia de ceticismo, mas um pouco de fé também. É que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar nova Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF N°320, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e parada no STF sob relatoria do Ministro Luiz Fux desde maio de 2014. Mudem o entendimento em relação à aplicação da Anistia, aos agentes estatais que cometeram crimes contra os direitos humanos e hoje estão amparados pela referida lei. Pois só assim, quiçá um dia, será possível retirar o (in) da efetividade da Justiça de Transição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. 976p. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf
Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume II.** Brasília: CNV, 2014. 416p. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf
Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume III.** Brasília: CNV, 2014. 1996p. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf
Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acesso em: 25 de setembro de 2022.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília. Presidência da República [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm
Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília. Presidência da República [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm
Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____. **Lei Nº 6.683 de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Brasília. Presidência da República, [1979]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm
Acesso em: 1º de outubro de 2022.

_____. **Lei Nº 9.140 de 04 de dezembro de 1995.** Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Brasília. Presidência da República, [1995]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.140%2C%20DE%2004%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201995.&text=Reconhece%20como%20mortas%20pessoas%20desaparecidas,1979%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ **Lei Nº 10.559 de 13 de novembro de 2002.** Dispõe sobre o Regime do Anistiado Político. Brasília. Presidência da República, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10559.htm#:~:text=V%20%2D%20rei ntegra%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servidores%20p%C3%ABlicos,seguran%C3%A7a%20nacional%20por%20motivo%20pol%C3%ADtico](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10559.htm#:~:text=V%20%2D%20rei%20nacional%20por%20motivo%20pol%C3%ADtico). Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ **Lei Nº 10.528 de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília. Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 0068063-92.2012.4.01.0000/PA. 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/24787506> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ Tribunal Regional Federal da 2ª Região Recurso em Sentido Estrito 0801434- 65.2013.4.02.5101/RJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-2/902906651> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ Tribunal Regional Federal da 1ª Região no Recurso em Sentido Estrito 0004204- 32.2012.4.03.6181/SP. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/891577688> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

_____ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Nº 153.** Brasília. Relator Min. Eros Grau 29 de abril de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em: 03 de outubro de 2022.

ALMEIDA, E., TORELLY, M.. **Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional:** estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, 2, mar. 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8111/6041>.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980
CANABAROO, Ivo dos Santos; Mastella, Cintia. **O Papel da Justiça de Transição no Brasil nas Violações aos Direitos Humanos no Período da Ditadura Militar.** In. XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. Unijui, 2017. Disponível em: [file:///E:/Arquivos%20do%20Windows%20\(N%C3%A3o%20Apagar\)/Downloads/8367-Texto%20do%20artigo-35654-1-10-20170922.pdf](file:///E:/Arquivos%20do%20Windows%20(N%C3%A3o%20Apagar)/Downloads/8367-Texto%20do%20artigo-35654-1-10-20170922.pdf). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. CIDH, 1979.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf
Acesso em: 12 de outubro de 2022.

_____ **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf
Acesso em: 12 de outubro de 2022.

_____ **Caso Herzog Vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018.

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf
Acesso em: 12 de outubro de 2022.

DIAS, A. B. (2018). **Controle de convencionalidade: Dá compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos**. In: Relatórios Estratégicos: Análise Estratégica da Corte Interamericana de Direitos Humanos (p.39-50). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf>

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. **Memória Histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim**. In: Repressão e Memória Política no Contexto IberoBrasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010. Disponível em: < http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Repre_Memoria_pdf >
Acesso em 1º de Outubro de 2022.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HEEMANN, Thimotie Aragon e PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Minas Gerais: Editora CEI, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)**. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de convencionalidade. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013.p.71 (nota de rodapé): “A Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou a expressão ‘control de convencionalidad, pela primeira vez (25 de novembro de 2003), no julgamento de ‘Myrna Mack Chang v. Guatemala.’”

MCARTHUR, Fabiana Godinho. **Justiça de Transição: o caso brasileiro**. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Revista anistia política e justiça de transição. Brasília, nº 7, p. 78-107, jan./jun., 2012.

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira**.

publicado em versão reduzida em PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.) *Direito ao desenvolvimento*, São Paulo, Fórum, 2010.

MONTEIRO, Millena Fontoura. **Justiça de transição no Brasil pós-ditadura civilmilitar de 1964-1985**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

MOURA, Luiza Diamantino; TORRES, Edgard Marcelo Rocha. **Verdade, memória e justiça no caso “Gomes Lund e outros”**: uma análise a partir do conflito entre a sentença da CIDH e a confirmação da lei de anistia pelo STF. *REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA*. ANO 4 • VOL.7 • JAN-ABRIL/ 2014.

PERES, João; BRENDA, Tadeu. 30 ago. 2012. **Aceitas duas primeiras denúncias contra agentes da ditadura**. Rede Brasil Atual. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/08/aceitas-primeiras-denuncias-contra-agentes-daditadura>. Acesso em 18 de Outubro de 2022.

PINTO, Marcos José. **A condenação do Brasil no caso da Guerrilha do Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21291/a-condenacao-do-brasil-no-caso-da-guerrilha-do-araguaia-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos/2>. Acesso em 1º de Outubro de 2022.

PINTO, Simone Rodrigues. **Justiça de Transição no Brasil**: direito à memória e à verdade, à reparação e à justiça, Brasília, Editora da Universidade, 2012.
 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional**, 14ª. Ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013.
 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira**. *Rev. direito GV* 9 (2) • Dez 2013.
 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/GpD4whv6xzFxRKppnJcHJCC/abstract/?lang=pt#:~:tex t=A%20Lei%20de%20Anistia%20brasileira,Corte%20Interamericana%20de%20Direi tos%20Humanos>. Acesso em 15 de Outubro de 2022.

SAFATLE, Wladimir. Sítio do periódico eletrônico Viomundo, disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/vladimir-safatle-relembra-anistiapassou-com-206-votos-da-arena.html> Acesso em 1º de Outubro de 2022.

SANTOS, MacDowell Cecilia, **Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil**. *Revista Crítica de 12 Ciências Sociais [Online]*, 88 | 2010, colocado online no dia 01 Outubro 2012, criado a 28 de Junho 2017. URL : <http://rccs.revues.org/1719> ; DOI : 10.4000/rccs.1719 Acesso em 1º de Outubro de 2022.

SIKKINK, Kathryn. **A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual**. *In: A ANISTIA na era da responsabilização: o Brasil em*

perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

SILVA, João Batista Teófilo **A Comissão Nacional da Verdade e os desafios e limites para a " justiça de transição " no Brasil**, São Paulo. USP – Ano VII, n. 12, pp.81-106, 2016.

TEITEL, Ruti. **Genealogia da Justiça Transicional**, In Justiça de Transição – Manual para a América Latina, REÁTEGUI, Félix. Org. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para Justiça de Transição, 2011.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico comparativa e análise do caso brasileiro** – Belo Horizonte, Fórum, 2012.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Proteção Penal contra violações aos direitos humanos**. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição Brasileira, Belo Horizonte: Initia Vita, 2014.