

**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**

*Truth, memory and justice in the case “Gomes Lund and Others”:
an analysis from the conflict between the decision of the IACHR and the
confirmation of the amnesty law by the Supreme Court*

EDGARD MARCELO ROCHA TORRES

Mestrando em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: edgardmarcelo@gmail.com.

LUIZA DIAMANTINO MOURA

Mestranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: luiza.diamantino@gmail.com.

RECEBIDO EM: 19.02.2013

APROVADO EM: 06.08.2013

RESUMO

O Direito à Memória e à Verdade no contexto de uma Justiça de Transição têm sido intensamente buscados pelas jurisdições internacionais. Em se tratando da transição brasileira do Regime Militar para um governo democrático, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no Pacto de San José da Costa Rica, analisou e condenou o Brasil no caso “Gomes Lund e Outros” evidenciando a incompatibilidade do ordenamento brasileiro com a proteção dos direitos humanos no que tange ao período da ditadura militar no país. A necessidade da harmonização dos sistemas normativos domésticos e internacionais, bem como de suas jurisdições é um imperativo para o cumprimento dos acordos internacionais no atual estágio do cenário internacional. Nesse sentido, o conflito das decisões da Corte Interamericana neste caso e da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal expõe um descompasso entre política externa e doméstica, cabendo ao Estado brasileiro garantir instrumentos internos de aplicação das normas internacionais e efetivação de um Direito à Verdade e um Direito à Justiça no país. Procurou-se, portanto, demonstrar o porquê de se falar em incongruência dessas duas sentenças e o porquê da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” ainda não ter sido cumprida integralmente no Brasil, apesar de claramente obrigatória para o país, levantando quais os prováveis obstáculos

para esse cumprimento em um contexto de interdependência e evolução do Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. LEI DE ANISTIA.

ABSTRACT

The Right to Memory and Truth in the context of a Transitional Justice have been intensely sought by international courts. In the case of the Brazilian Military Regime's transition to a democratic Government, the Inter-American Court of Human Rights, based in San José da Costa Rica Pact, analyzed and condemned Brazil in the case "Gomes Lund and Other" showing the spatial mismatch with the protection of human rights with respect to the period of the military dictatorship in the country. The need for harmonization of domestic and international regulatory systems as well as of their jurisdictions is essential to the fulfillment of international agreements in the current stage of the international scene. In this sense, the conflict with the decisions of the Inter-American Court in this case and of the ADPF n. 153 by the Supreme Court exposes a disconnect between foreign and domestic policy, and fitting to the Brazilian State to guarantee internal instruments of implementation of international standards and a Right to the Truth and a Right to Justice in the country. It was, therefore, demonstrated why talk about incongruity of these two sentences and why the judgment of the case "Gomes Lund and Others" still has not been accomplished entirely in Brazil, although clearly mandatory for the country, raising the likely obstacles to this meeting in a context of interdependence and evolution of the International Law.

KEYWORDS: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. TRANSITIONAL JUSTICE. AMNESTY LAW.

SUMÁRIO: Introdução 1. Verdade, memória e justiça no contexto de uma justiça de transição. 2. O caso "Gomes Lund e Outros" e a sentença da Corte Interamericana. 3. O não cumprimento da sentença da corte pelo judiciário do Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, falar em Verdade, Memória e Justiça nos transporta para o universo da Justiça de Transição, momento que diversos países veem experimentando nas últimas décadas quando da transição de regimes políticos. Nesse sentido podemos identificar particularmente os Estados latinoamericanos quando da transição de governos totalitários para governos democráticos, destacando-se inclusive a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na promoção de uma Justiça de Transição garantidora de Verdade, Memória e Justiça.

No que tange ao Brasil Justiça de Transição pode ser identificada com a passagem do regime da Ditadura Militar (1964-1985) para o regime democrático, e se deu em grande medida com a Lei 6883 de 1979, a chamada Lei de Anistia, pela qual se concedeu anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

O conceito de crimes conexos incluído na Lei de Anistia acabou sendo utilizado para beneficiar os agentes envolvidos em práticas de tortura, desaparecimentos e assassinatos, impossibilitando a investigação e responsabilização penal dessas graves violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura.

Nesse sentido, a transição brasileira foi analisada através do caso “Gomes Lund e Outros” *versus* Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que veio a condenar o país com base no Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH), evidenciando a incompatibilidade do ordenamento brasileiro com a proteção dos direitos humanos quanto ao período da Ditadura Militar, não fornecendo mecanismos para a reparação das vítimas ou para efetivos Direito à Verdade e Direito à Memória brasileiros.

Ante a esse fato é de se estranhar que o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máximo brasileiro, tenha se pronunciado pela constitucionalidade e consequente manutenção da Lei de Anistia no julgamento da ADPF n. 153.

Assim, o objetivo deste artigo é apresentar o caso “Gomes Lund e Outros” e a correspondente sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e aferir sua contribuição para efetivação da Verdade, da Memória e da Justiça no Brasil. Ainda, pretende-se demonstrar o porquê a sentença da Corte ainda não foi integralmente cumprida no país, apesar da clareza constitucional de sua obrigatoriedade, apresentando os prováveis óbices que levam o Poder Judiciário a negar o seu cumprimento, esperando-se despertá-lo para seu papel de protetor dos direitos humanos e garantidor da efetividade das normas internacionais.

1. VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA NO CONTEXTO DE UMA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O momento de transição de regimes políticos, particularmente da transição de um regime totalitário para um regime democrático, tem implicações sobre toda a

sociedade e a justiça que deve existir nesse momento, a chamada Justiça de Transição, pode ser apreendida a partir das medidas que devem ser adotadas com vistas a que sentimentos de revanchismo não sejam criados e a que legitimidade e segurança jurídica sejam estabelecidas. Com efeito, a Justiça de Transição “é um modelo de justiça que pretende reconciliar a nação com o seu passado, manifestando-se por meio de medidas eficazes de superação dos traumas advindos de um momento de repressão e violência” (REMIGIO *apud* SOUSA, 2010, p.68).

Nesse quadro, podem-se identificar quatro campos de ação que resumem as medidas necessárias a uma Justiça de Transição, quais sejam: a) a reforma das instituições do regime político findo; b) a responsabilização criminal daqueles que cometeram crimes; c) a reparação das vítimas e d) a busca pela Verdade.

A busca pela Verdade pode se dar por meio de diferentes meios, tais como a abertura de arquivos secretos do governo autoritário, a construção de monumentos e memoriais públicos indicativos do período, o reconhecimento dos crimes e violações cometidos, o estabelecimento de mecanismos para se dar voz às vítimas, e a instituição de Comissões de Verdade. A partir da busca pela Verdade, portanto, revela-se o histórico do período e é possível construir a Memória daquele povo. De fato, de posse da Verdade é possível impedir que os acontecimentos atrozos que marcaram a sociedade sejam anulados da Memória nacional, e a busca pela Verdade pode ser dita uma efetivação do Direito à Memória ou Direito à Verdade. Em resumo, a Verdade permite a construção da Memória de determinada sociedade.

Cabe destacar que a preocupação com a Memória procede da sua capacidade de constituição e manutenção da coesão de um grupo social. Na dinâmica social a lembrança e esquecimento levam à construção da memória e à construção da própria identidade do grupo. Assim, enquanto seleção e identidade a Memória compreende a escolha do tipo de sociedade – ou pessoa – que se pretende ser.

Isso posto, a Memória do Direito está na reconstrução do passado a partir de interpretações. Quando se olha para o passado para interpretá-lo tem-se uma dinâmica de lembrar e esquecer, ou seja, seleciona-se hoje um passado tendo em vista o futuro. Pode-se dizer, portanto que o tempo e o Direito se encontram de forma recíproca, não sendo “possível “dizer o direito” senão “dando o tempo”” (OST, 2005, p. 14).

[O] direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. [...] O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. (OST, 2005, p. 14).

É por isso interessante pensar nas quatro categorias de tempos normativos e temporais trazidos por François Ost (2005), a partir dos quais seria possível falar em uma “retemporalização”: memória, perdão, promessa e questionamento.

Igualmente, é sobre uma medida em quatro tempos que se toca esta partitura. Lado do passado, a memória e o perdão; lado do futuro: a promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro [...]. A promessa, que liga o futuro através dos compromettimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora de mudança. (OST, 2005, p. 17).

O ato de memória garante que o que foi importante no passado continue importante no futuro, contribuindo para a estabilidade e identidade da sociedade. Frente à mudança da transição, a sociedade relembra os acontecimentos relevantes e compreende-os como ocorreram de verdade. A instituição do perdão indica a necessidade de inovação, visto que a atividade jurisdicional leva à resolução do conflito e aplicação de um castigo ou perdão social, baseada em uma justa apreciação do direito. O perdão, nesse sentido, tem um caráter libertador para a sociedade, pois quando ele ocorre permite a construção de um futuro de respeito aos direitos da coletividade.

Por meio da promessa a sociedade se apropria do seu futuro e garante segurança para esse futuro, já que o direito protege os acordos e o poder público se compromete a respeitar as leis que colocou. Assim, os compromissos discutidos e pactuados serão os norteadores da ação social. Nesse quadro, o questionamento aparece enquanto possibilidade de antecipar o perdão quando da mudança das circunstâncias: o questionamento é necessário para revisar os fatos e fazer com que as promessas feitas pela sociedade sejam valorizadas e realizadas, orientadas sempre pelos ideais de justiça.

Estas quatro categorias do tempo do Direito permitem ainda pensar as etapas da Justiça de Transição. Por este ciclo proposto por François Ost “a sociedade alcançaria o objetivo principal da Justiça de Transição, qual seja a pacificação social, bem como prosseguiria com o diálogo acerca do acontecido, precavendo-se de violações semelhantes às já sofridas” (MACHADO, 2011, p. 10).

Com efeito, na transição de regimes é preciso observar que memória, perdão, promessa e questionamento sejam contemplados com vistas a uma temporalização do direito que inclua toda a dinâmica social em transformação e esteja atenta aos valores da sociedade. Dito de outra forma, o momento de transição implica que a sociedade opte entre esquecer o que foi o regime autoritário anterior ou assumi-lo,

de modo a garantir que excessos e abusos não voltem a ocorrer no novo regime.

A “Justiça de Transição” no Brasil diz respeito à transição entre o regime da Ditadura Militar, que governou entre 1964 e 1985, e o regime democrático, e nos leva necessariamente à Lei de Anistia pela qual se operou a transição. A Lei 6883/79 concedeu anistia a todos que no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos, além de anistiar todos aqueles que direta ou indiretamente participaram do movimento subversivo ou luta armada, os banidos e os exilados voluntariamente, concedendo a eles o direito de retorno ao país e a extinção dos processos a que respondiam.

Observa-se que o conceito de “crimes conexos” incorporado ao texto da Lei teve por consequência beneficiar os agentes de Estado envolvidos na prática de crimes de violação aos direitos humanos, tal quais as torturas, desaparecimentos e assassinatos. Desse modo desviou a anistia do propósito de indultar os cidadãos processados pelas normas de exceção do regime militar e impossibilitou a investigação e responsabilização penal desses assombrosos crimes.

A Lei de Anistia brasileira, portanto, foi criada para pacificar o país e levar ambos os lados para o esquecimento, e no esquecimento não pode haver justiça. Como colocado por François Ost (2005) a justiça só tem lugar quando a vítima e o culpado são reconhecidos como tal, e a partir desse reconhecimento o culpado pode ser responsabilizado e o perdão alcançado. Na anistia não existe Direito justamente porque ela nega o momento de perdão pela vítima e de remissão e redenção pelo culpado, impedindo-o de restaurar seu lugar de cidadão. Com isso o passado é amputado, a Justiça não se opera, a Verdade não é apurada e a Memória não é construída.

Ao contrário das medidas de anistia, que esvaziam o espaço público e privatizam as memórias para melhor “pacificar”, as medidas de Justiça de Transição são muito mais capazes de propiciar uma verdadeira pacificação e conciliação nacional, que não seja fruto de falsos consensos, mas sim decorrente do sadio dissenso oriundo da pluralidade humana. Isso se dá pelo aspecto multifacetado com que as medidas de Justiça de Transição tratam as questões da mudança de um regime autoritário para um regime democrático e das violações de direitos humanos durante regimes de exceção.

[...]

A busca pela verdade, a reparação, a reforma das instituições e os julgamentos, em conjunto, possibilitam que as memórias dos oprimidos encontrem seu lugar dentro do espaço público e, dando voz oficial a estes, abre margem para que o perdão, embora ainda difícil, seja possível. E não somente isso. Elas também fortalecem o espaço público, de maneira tanto a impedir que as atrocidades anteriores se repitam, quanto de propiciar um projeto conjunto de comunidade. (SOUSA, 2010, pp. 70-71).

Desse modo, a Lei de Anistia brasileira não compreende uma Justiça de Transição efetiva, capaz de possibilitar o desenvolvimento do Direito à Memória ou à Verdade e uma conciliação da sociedade com seu passado. Além disso, ao invés de fortalecer a lógica de proteção aos direitos humanos a Lei de Anistia impede a consolidação de um juízo de repreensão contra as atrocidades aqui cometidas, uma vez que erroneamente abarca crimes contra a humanidade como os de tortura e desaparecimentos forçados como crimes comuns ou políticos. É a esse respeito que o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e Outros”.

2. O CASO “GOMES LUND E OUTROS” E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA

O caso “Gomes Lund e Outros” 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. Tal demanda se deu em nome das vítimas e familiares da Guerrilha do Araguaia em decorrência da responsabilidade brasileira pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região quando da operação do Exército com objetivo de erradicar a Guerrilha no contexto da Ditadura Militar no país.

Enquanto contestação do regime, a Guerrilha do Araguaia pretendia criar um exército popular e usar a luta armada para por fim à ditadura. Desde 1972 o governo brasileiro organizou campanhas contra a Guerrilha, mas as operações no Araguaia acabaram sendo definidas em termos de eliminação de guerrilheiros. A Guerrilha do Araguaia, portanto, compreendeu um conjunto de atrocidades perpetradas contra os opositores do governo: “Quem morria, sumia” (GASPARI, 2002, p. 428). Não se entregava cadáveres ou mesmo reconhecia sua existência, existindo indícios de que os desaparecidos eram torturados depois de capturados e outros ainda decapitados, facilitando sua identificação. Também,

Há informações de que corpos de militantes sepultados na selva foram desenterrados e queimados. Há relatos de que alguns corpos teriam sido atirados nos rios da região. O governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia. Proibiu a imprensa de dar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento. (COMISSÃO, 2009, p. 21).

Nesta conjuntura de silêncio que foram praticados os crimes de desaparecimento forçado do caso “Gomes Lund e Outros” e, mais de 30 anos após a Guerrilha, os restos mortais dos desaparecidos que constam no caso ainda não foram identificados. Assim, tem-se que os fatos relacionados à Guerrilha do Araguaia afetaram seriamente as famílias dos desaparecidos, que continuam em busca de Verdade e Justiça – e, se possível, dos restos mortais de seus entes queridos, ainda não localizados.

Com efeito, o Brasil foi demandado perante a Corte Interamericana porque os recursos judiciais cíveis disponíveis para obtenção de dados acerca da Guerrilha do Araguaia não foram efetivos para garantir informações aos familiares; porque medidas administrativas e legislativas adotadas pelo Estado acabaram restringindo indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; porque devido à Lei de Anistia não foi realizada uma investigação penal com o objetivo de julgar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos; e porque a impunidade dos responsáveis pelas violações e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares das vítimas – também considerados vítimas.

Deste modo, a Comissão solicitou ao Tribunal que declarasse o Estado brasileiro responsável pela violação dos direitos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Especificamente, a Comissão responsabilizava o Brasil pela violação aos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitava à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Enquanto parte da Convenção Americana de Direitos Humanos e tendo reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1988 para os fatos posteriores a essa data, a CIDH é competente para julgar o caso haja vista o entendimento reiterado no Direito Internacional dos Direitos Humanos de que os crimes de desaparecimentos forçados possuem caráter contínuo ou permanente e os alegados fatos e omissões do Estado quanto à falta de investigação e julgamento dos responsáveis e restrições ao direito de acesso à informação terem persistido a partir de 1998.

Nesse sentido, a sentença da Corte de 24 de novembro de 2010 conclui pela responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de 62 vítimas e, conseqüentemente, pela violação dos direitos aos reconhecimentos da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7), em relação à obrigação do Estado de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção (artigo 1.1).

Há de se destacar que a oposição do Brasil à demanda se deu quanto às obrigações do Estado frente às Convenções internacionais, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica – a responsabilidade estatal já havia sido reconhecida pela Lei 9140/95. Assim, a Corte teve de se pronunciar sobre a compatibilidade da Lei de Anistia brasileira com os direitos consagrados da Convenção Americana, haja vista as graves violações aos direitos humanos perpetradas pela Ditadura Militar no país.

De fato, a interpretação da Lei de Anistia, com a noção de crimes conexos, somada à falta de investigação e sanção penal resulta na impossibilidade dos familiares das vítimas e da sociedade em geral conhecer a verdade sobre a Guerrilha do Araguaia. Além disso, as leis de anistia que incluem graves violações de direitos humanos são contrárias às obrigações pactuadas na Convenção Americana e à jurisprudência da Corte Interamericana.

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (...) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (CIDH, 2010, p. 64).

Ademais, vale destacar que nenhuma norma de direito interno – tais como as disposições de anistia, regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade – pode impedir que um Estado cumpra uma obrigação pactuada em um tratado internacional, especialmente em se tratando de graves violações de direitos humanos que compreendam crimes contra a humanidade, a exemplo dos desaparecimentos forçados, pois estes crimes são inaniestáveis e imprescritíveis.

O Brasil foi condenado por não ter empreendido as ações necessárias para investigar, julgar e condenar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados, por os recursos judiciais à disposição dos familiares das vítimas não terem sido efetivos para garantir-lhes acesso às informações sobre os fatos no Araguaia – além disso, medidas legislativas e administrativas adotadas pelo governo restringiram de forma indevida o direito de acesso a informações.

Assim, a sentença da Corte Interamericana determina que o Brasil elimine todos os obstáculos jurídicos que impediram o acesso à informação, à verdade e à justiça, a exemplo da Lei de Anistia. O Estado deve conduzir investigação penal eficaz dos fatos da Guerrilha, esclarecendo-os e imputando as responsabilidades penais correspondentes, além de publicar a sentença pelo qual foi condenado e realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional quanto às violações estabelecidas pela Corte. O Brasil foi também sentenciado a implementar

em prazo razoável um programa permanente e obrigatório sobre direitos humanos dirigido às Forças Armadas; prestar atendimentos médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, adequado e efetivo às vítimas que o solicitem; realizar esforços para determinar o paradeiro das vítimas (inclusive identificando e entregando os restos mortais aos familiares); dar continuidade às iniciativas de busca, sistematização e publicação de informações a respeito da Guerrilha do Araguaia e das violações de direitos humanos ocorridas no período, a elas garantindo acesso; tomar medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado; pagar as quantias fixadas a título de indenização; e criar uma Comissão da Verdade.

De modo geral, as determinações da sentença da Corte Interamericana compreendem medidas de reparação, reabilitação, satisfação e não repetição quanto às violações aos direitos humanos perpetrados no contexto da Guerrilha do Araguaia, reiterando assim o dever estatal de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade, que há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*.

Essa sentença veio reiterar a jurisprudência da Corte Interamericana, que em três emblemáticos casos anteriores havia enfrentado a questão das “leis de autoanistia”, quais sejam: “Caso Barrios Altos vs. Peru”, sentença em 14 de março de 2001, “Caso Almonacid y outros vs. Chile”, sentença em 26 de setembro de 2006, e “Caso La Cantuta vs. Peru”, sentença em 29 de novembro de 2006. Em todos estes casos a Corte declarou a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos do Homem, sendo estas desprovidas de qualquer efeito jurídico quando abrangem graves violações aos direitos humanos, não admitindo nenhuma disposição de direito interno, prescrição, coisa julgada, ou excludentes internos de responsabilidade para sua aplicação, uma vez que não possuem validade no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com a Corte Interamericana a *ratio* das leis de anistia, que deixa impunes graves violações de direitos humanos, que provoca sua incompatibilidade com o Pacto de San José da Costa Rica. Com efeito, o conteúdo da anistia viola os direitos às garantias e proteção judiciais em relação aos direitos humanos, perpetuando a impunidade e impedindo o conhecimento da Verdade e a obtenção de reparações com vista à Justiça. Com efeito, tem-se que as leis de anistia não possuem validade jurídica.

Frente a esse cenário é estranho conceber a decisão de 29 de abril de 2010 do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153, que manteve o entendimento de que a Lei de Anistia brasileira teria sido ampla, geral e irrestrita, considerando-a integralmente amparada pela Constituição Federal de 1988.

Quando um Estado se torna Parte de um tratado internacional tal qual a Convenção Americana de Direitos Humanos todo seu ordenamento jurídico é submetido ao tratado, inclusive seus juízes, aos quais incumbiria a obrigação de garantir o cumprimento também das obrigações pactuadas na seara internacional. A obrigação de cumprir as obrigações internacionais contraídas voluntariamente corresponde não somente ao princípio básico do *pacta sunt servanda* sobre a responsabilidade

internacional dos Estados, mas também ao disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, à qual o Brasil também aderiu, que dispõe que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais por razões de ordem interna (artigo 27).

O Poder Judiciário, dessa forma, está obrigado a exercer também um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana.

As leis brasileiras estão sujeitas a dois tipos de controle vertical: (a) de constitucionalidade e (b) de convencionalidade. Nem tudo que é recebido pela Constituição é convencional e válido, porque agora as leis devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais. Uma lei pode ser constitucional, mas inconveniente. Tanto no caso de inconstitucionalidade como na hipótese de inconveniência, a lei não vale. É preciso que os operadores jurídicos brasileiros se familiarizem com os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Nesse quadro, o Supremo Tribunal Federal não exerceu esse controle de convencionalidade em sua decisão da ADPF n. 153, não levando em conta as obrigações internacionais pactuadas pelo Brasil, notadamente aquelas estabelecidas na Convenção Americana (artigos 8 e 25 em relação aos artigos 1.1 e 2 do tratado) e impedindo que as vítimas de graves violações de direitos humanos tenham a possibilidade de justiça. Assim, o STF desconsiderou o dever contraído pelo Estado de garantir o cumprimento das disposições da Convenção Americana e seus efeitos no âmbito interno brasileiro.

Frente a esse cenário o cumprimento das determinações da sentença que condenou o Brasil será supervisionado pela Corte. Mas ainda não é possível falar em um cumprimento integral da sentença. De maneira geral, pode-se destacar a criação da Comissão da Verdade pela Lei 12.528/2011, cujo objetivo é resgatar as informações sobre o período da Ditadura Militar, inclusive sobre as violações de direitos ocorridas, mas sem caráter punitivo. Em consonância com o Direito à Memória, espera-se que a Comissão venha a ser influenciada pelo julgado da Corte Interamericana, mas ainda não existem resultados que possam ser apreciados. Além disso, a Lei 12.527/2011 foi criada para regular o acesso à informação, limitando o prazo de sigilo e acabando com a possibilidade de sigilos eternos no país, o que também é um avanço.

As buscas pelos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia foram retomadas, mas por determinação da 1ª Vara Federal do Distrito Federal, de 2009. O programa de direitos humanos para as Forças Armadas ainda está no início, e não pode ser dito integral, sendo uma diretriz estabelecida pela Estratégia Nacional de Defesa, aprovada em 2008. A tipificação do crime de desaparecimento forçado por enquanto é apenas uma proposta, ainda sem previsão para virar realidade.

Fora isso, a Lei de Anistia continua vigente e impedindo a apuração de crimes cometidos durante a ditadura, inclusive os de tortura e assassinato. No que tange aos desaparecimentos forçados, enquanto crimes contínuos ou permanentes, não existe necessariamente incompatibilidade quanto à decisão do Supremo na ADPF n. 153 e sua persecução penal, mas ainda prevalece o incômodo dos magistrados em contrariar a lógica do STF. Tanto é assim que as tentativas da investigação dos fatos da guerrilha ainda não deram frutos na seara judicial. De fato, pode-se falar que predomina o não reconhecimento da sentença da Corte Interamericana pelo Judiciário brasileiro.

3. O NÃO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE PELO JUDICIÁRIO DO BRASIL

Pode-se identificar no Brasil uma resistência das cortes domésticas em aplicar normas internacionais. Com efeito, essa dificuldade de internalizar normas internacionais se fundamenta no próprio posicionamento do STF de que os tratados internacionais são inseridos na legislação brasileira com força de lei ordinária federal (RE 80.004 de 1977), podendo ser revogados por lei ordinária posterior ou especial. (CARDOSO, 2012, p. 108-109).

Isso implica em enorme insegurança jurídica para Estados que firmem convenções com o país, haja vista que lei ordinária federal pode revogar um tratado internacional, em claro desrespeito ao Direito Internacional, particularmente ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”). Demonstra-se, assim, a falta de prestígio e de obrigatoriedade das normas internacionais por parte do Judiciário brasileiro.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos o posicionamento jurisprudencial no Brasil é um pouco mais avançado, mas ainda não garante sua plena aplicação. Em se tratando da natureza e força constitucional dos tratados de direitos humanos

a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, não tendo chegado a uma solução uniforme e tampouco satisfatória. Este quadro insatisfatório levou a doutrina mais abalizada a qualificar de ‘lamentável falta de vontade’ do Poder judiciário a falta de aplicação devida ao parágrafo 2º do art. 5º da Constituição. (MAZZUOLI, 2009, p. 752).

Na tentativa de por fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, acrescentou-se o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 45 de 2004. Contudo, só evidenciou a falta de compreensão e interesse sobre o

tema. Ora, em decorrência do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição⁷⁴ os tratados de direitos humanos ratificados pelo país são normas materialmente constitucionais, pois se reconhece

[...] claramente no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do Direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). (MAZZUOLI, 2009, p. 751).

A polêmica trazida pela introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º diz respeito a se os tratados de direitos humanos anteriores à emenda e que não passaram pelo crivo especial do Congresso Nacional seriam somente materialmente constitucionais e os posteriores à emenda e aprovados em consonância com o disposto do parágrafo seriam material e formalmente constitucionais. Essa discussão, contudo, não interfere na força constitucional de que goza a Convenção Americana de Direitos do Homem, já que não há divergência quanto a que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são materialmente constitucionais, anteriores ou posteriores à emenda⁷⁵. Assim, depois do advento da Emenda 45/2004,

duas situações devem ser levadas em consideração: (a) em regra, são incorporados ao Direito brasileiro com status supralegal, ou seja, contendo hierarquia inferior à Constituição e superior às normas infraconstitucionais, conforme decidiu o STF no RE 466.343; (b) excepcionalmente, e de modo facultativo, podem ser internalizados com força normativa de emenda constitucional, caso sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos de seus integrantes (art. 5º, parágrafo, 3º, da Constituição. (CARDOSO, 2012, p. 109).

Tem-se, portanto, que o caráter constitucional da Convenção Americana de Direitos do Homem é inegável. Este foi inclusive o entendimento expresso através do Documento n.1/2011, de 21 de março de 2011, da Coordenação Criminal da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, onde

⁷⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil* seja parte.

⁷⁵ O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos do Homem através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e também o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2004, sendo perfeitas do ponto de vista jurídico a validade e a vigência da Convenção Americana.

com muita inteligência e profunda preocupação com o seu dever constitucional e convencional de aplicação interna dos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrou de forma clara a obrigatoriedade decorrente do ordenamento jurídico interno para o cumprimento da sentença do “Caso Gomes Lund” a ser observado pelos Procuradores da República e devendo servir de norte para todas as autoridades nacionais, inclusive o próprio STF. (BRASIL, 2011).

Neste mesmo documento o MPF estabeleceu diretrizes de atuação com a finalidade de levar ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana, destacando a legitimidade deste tribunal internacional, reconhecendo os tratados internacionais de direitos humanos como fonte de direito interno e afirmando que a decisão do STF na ADPF n. 153 não constitui obstáculo ao cumprimento da decisão da Corte, visto que ambas tem amparo na Constituição. Na perspectiva do MPF subsiste, portanto, a obrigação do Brasil de dar cumprimento às decisões da Corte, significando que deveria se dar início às investigações criminais para responsabilização das condutas de violação de direitos humanos durante a Guerrilha do Araguaia. (BRASIL, 2011).

Desse modo, o Ministério Público Federal reconheceu plenamente a autoridade da sentença da CIDH, e busca através dos instrumentos legais e constitucionais que possui buscar a sua efetivação no Brasil, instando as cortes domésticas a fazerem o mesmo. Para tanto, deixou claro em mais de uma oportunidade que a decisão do STF na ADPF n. 153 não tem maior eficácia vinculante, não sendo obstáculo ao cumprimento da decisão internacional, que também é acolhida pela Constituição Federal de 1988.

Não é, contudo, essa disponibilidade de se cumprir a sentença do caso “Gomes Lund e Outros” que se visualiza na prática. No que diz respeito à posição do Estado brasileiro quanto a honrar o compromisso relativo à competência da Corte Interamericana após essa sentença e o aparente conflito com a decisão do STF de declarar constitucional a Lei de Anistia, o Governo Federal, através da Advocacia-Geral da União, em parecer encaminhado 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 de 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. (PINTO, 2012).

Tal parecer demonstra o descompasso entre a política externa exercida pelo

Brasil, que se propôs a ratificar a Convenção Americana e aceitar a competência da Corte, e sua política interna. A incoerência externa/interna da política brasileira também é evidenciada nas constrangedoras afirmações do então presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, que defendeu a prevalência da decisão da ADPF n. 153 sobre a sentença da Corte Interamericana, e do ministro Carlos Ayres Britto, voto vencido na ADPF, que apesar de reconhecer a “saia justa” em que se encontra o Brasil por não cumprir a sentença da Corte não discute a prevalência da decisão da Suprema Corte doméstica.

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 de 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 de 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 forte efeito negativo ao influenciar os juízes de primeiro instância e Tribunais a julgar improcedentes daqui em diante qualquer ação judicial que tenha por pretensão punir os crimes contra os direitos humanos perpetrados durante a Ditadura Militar tendo por base a sentença do caso “Gomes Lund e Outros”. A tendência é que os magistrados se apeguem ao simples argumento de que a decisão da ADPF n. 153 põe termo às questões.

Foi exatamente o que aconteceu na Ação Civil Pública n. 2008.61.00.011414-

5, que tramitou na 8ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, e hoje espera julgamento da apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O Juiz Federal afastou todos os pedidos do Ministério Público Federal, mais uma vez sem sequer mencionar as jurisprudências internacionais da Corte Interamericana sobre as leis de autoanistia, sob o argumento de que

De acordo com a interpretação adotada no julgamento da assaz citada ADPF n. 153, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos dias 28 e 29 de abril de 2010, decidiu por maioria, com eficácia vinculante para todos, que a anistia concedida por meio desses dispositivos é ampla, geral e irrestrita, produzindo o efeito jurídico de apagar todas as consequências (cíveis e criminais) dos atos anistiados. (BRASIL, 2010, p. 19).

Tem-se assim uma vinculação automática à decisão do STF e a ausência de considerações acerca do cumprimento da sentença da Corte Interamericana, demonstrando como os juízes brasileiros são avessos a basearem suas decisões na jurisprudência internacional e sua não tentativa de solucionarem os conflitos de cunho internacional. A sentença desta Ação Civil Pública é um alerta à quantidade de decisões de Juízes singulares e Tribunais que poderão afastar o cumprimento da sentença da Corte, em um claro desrespeito do Brasil ao seu compromisso de efetivar internamente a proteção aos direitos humanos.

Outro exemplo é o da negativa da Justiça Federal em processar o coronel da reserva Sebastião Rodrigues de Moura, o Curió, com base no tempo de ocorrência dos fatos e em decorrência da Lei Anistia dar guarida a torturadores. Contudo, a razão acabou prevalecendo e a juíza titular Nair Cristina Corado Pimenta de Castro, da 2ª Vara Federal em Marabá, reavaliou a decisão apresentada anteriormente por seu substituto, e “aceitou a argumentação do Ministério Público Federal (MPF) e decidiu dar sequência ao caso pelo sequestro de cinco militantes entre janeiro e setembro de 1974”. (PERES; BREDA, 2012). A mesma juíza, no mesmo dia, decidiu dar sequência também à ação contra o major da reserva Lício Augusto Maciel, conhecido como doutor Asdrúbal, “denunciado pelo rapto de Divino Ferreira de Sousa, o Nunes, visto pela última vez em 1973”. (PERES; BREDA, 2012).

Estas duas decisões históricas⁷⁶ contra militares que atuaram na repressão à

⁷⁶ O primeiro no país a reconhecer a sentença da Corte Interamericana para fundamentar uma sentença sobre crimes cometidos pela Ditadura Militar foi o juiz Guilherme Madeira Dezem, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que também reconheceu a mudança da causa e do local da morte do militante João Batista Drumond no atestado de óbito. Agora, onde antes se lia “Avenida 9 de julho” deve constar “DOI-Codi”, aparelho de repressão do regime, e onde constava “traumatismo craniano” será grafado “decorrência de torturas físicas”. (PERES, João. Ditadura: Justiça reconhece pela primeira vez sentença internacional. *Rede Brasil Atual*, 17 abr. 2012. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/04/ditadura-justica-reconhece-pela-primeira-vez-sentenca-internacional>. Acessado

Guerrilha do Araguaia devem ser vistas como positivas e indicadoras de um caminho a ser consolidado, haja vista sua fundamentação em uma reflexão mais aprofundada pelo Judiciário – e não mais uma simples constatação da existência da Lei de Anistia.

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 de 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).

Como demonstra a argumentação do Ministério Público Federal, a decisão do STF quanto à anistia não é obstáculo ao cumprimento da decisão da Corte. De fato, para o MPF

a responsabilização penal de Sebastião Curió e Lício Maciel é obrigação do Estado Brasileiro diante da sentença da [Corte] Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, e não contradiz a Lei de Anistia ou o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Os procuradores responsáveis pelos dois casos sustentam as acusações em investigações próprias e apontam os acusados como responsáveis por crimes contra a humanidade. (GUERRILHA..., 2012).

Desse modo, nenhuma decisão doméstica pode afastar as pretensões de cumprimento da sentença do caso “Gomes Lund” apenas apontando a decisão do Supremo como fundamento.

Nesse quadro, a decisão de aceitar as denúncias aponta para a realização da Justiça e da Verdade no Brasil e abre caminho para novas denúncias, inclusive contra outros envolvidos na Guerrilha do Araguaia ou na ditadura como um todo, que poderão ser rejeitadas ou aceitas. Em último caso, contudo, trata-se de um primeiro passo, sendo importante observar a trajetória que será construída para esses e outros processos que venham a ser instaurados. É inclusive possível ponderar que a discus-

em: 24.09.2012).

são desses processos chegue até o Supremo, que terá que responder sobre a anistia e os crimes de desaparecimentos forçados. Se isso acontecer o STF terá mais uma chance de acertar sua posição quanto aos direitos humanos e orientar-se na direção do sistema americano de proteção.

Mas, se a sentença da Corte Interamericana do caso “Gomes Lund e Outros” é obrigatória porque o Judiciário brasileiro ainda ignora a jurisprudência e as normas internacionais? Quanto a isso, Gabriela Griebel (2011) apresenta teorias que poderiam em alguma medida explicar o comportamento do Judiciário, contribuindo para a compreensão de como uma conduta, ou ausência de conduta, das cortes domésticas pode influenciar o Direito Internacional. Assim, tem-se a teoria legalista, a teoria neorrealista, a teoria neoinstitucionalista e a teoria da competição democrática.

A teoria legalista parte da premissa de que juízes conhecedores do Direito Internacional o aplicariam com mais facilidade, e sua não aplicação decorre tão somente do desconhecimento da matéria.

Teorias legalistas partem do pressuposto de que a lógica e a razão, inerentes ao sistema normativo internacional, garantem a aplicação das normas do DIP. A estrutura jurídica internacional compele o seu cumprimento pelos atores internos. As cortes nacionais seriam convencidas pelo argumento legal da validade e da supremacia do direito internacional sobre o direito interno e a importância de sua aplicação. A ocorrência de condutas desviantes seriam erros não intencionais gerados por erro de informação. Isto é, uma vez treinados e educados sobre o funcionamento do sistema jurídico internacional, os juízes nacionais, espontaneamente, agiriam como mecanismos de garantia de cumprimento das normas internacionais. (GRIBEL, 2011, p. 81).

Ora, a decorrência lógica da falta de conhecimento leva a sua não aplicação, mas o contrário não é verdade. No Brasil, o Direito Internacional é matéria obrigatória em todas as faculdades e concursos, e nem por isto este ramo do direito goza de grande status entre os magistrados brasileiros. Como colocado por Griebel (2011), nem mesmo na União Europeia, com uma estrutura de treinamento de juízes e processo de aplicação dos tratados mais avançada, a aplicação do Direito Internacional não se encontra tão “automática” quanto se poderia esperar. Assim, o treinamento e a divulgação da matéria não são garantidores de sua aplicação pelos magistrados.

Na teoria neorrealista o “comportamento judicial é determinado pelos interesses políticos e econômicos do Estado a que pertencem. Argumenta-se que as decisões judiciais tanto no âmbito internacional como no nacional são moldadas pelo cálculo do “*interesse nacional*”.” (GRIBEL, 2011, p. 82). Os governos, deste modo, possuiriam as ferramentas para influenciar o comportamento das cortes domésticas.

Esta teoria não resolve todo o problema – assim como a teoria legalista –

mas nos aproxima de uma possível explicação de porque a sentença do caso “Gomes Lund” não tem sido cumprida no Judiciário. O discurso de proteção dos Direitos Humanos é um grande justificador da atuação dos Estados em todo o mundo e também no Brasil. Esse discurso pode se prestar tanto aos mais escusos quanto aos mais nobres interesses, de modo que é possível se deparar com uma política estatal que atenda interesses privados sob o argumento de defesa dos direitos do homem, mas que não compreende políticas públicas concretas para sua real efetivação. Assim, o maior desafio para a proteção dos Direitos Humanos é justamente sua efetivação, que depende imensamente de um custo-benefício político e econômico muito alto.

O Brasil, por exemplo, fez da defesa dos direitos humanos no âmbito internacional uma bandeira, em consonância com a sua pretensão de se tornar um grande ator das relações internacionais. Dada sua posição de hegemonia na América do Sul, o custo-benefício de ser um ferrenho defensor desses direitos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) é relativamente pequeno – ainda mais se levado em conta que a Organização não possui mecanismos de *enforcement* contra ilícitos internacionais cometidos pelos seus membros, tal como o não cumprimento de uma decisão da Corte. Todavia, quando se passa para o âmbito interno, o custo-benefício político aumenta já que a decisão dos juízes brasileiros são obrigatórias e geram sanções para a União e suas autoridades. Assim, é inegável a possibilidade de ser exercida influência sobre o Judiciário quanto à aplicação do Direito Internacional caso prejudique uma política de governo ou interesse privado relevante.

Nesse sentido, a decisão de internalizar ou não internalizar normas internacionais e transformá-las em imperativos nacionais – contrários ou não à política de governo – é influenciada pelo contexto político-econômico. Contudo, o interesse individual dos próprios magistrados também ajuda a explicar este comportamento quanto ao Direito Internacional. Esta seria a terceira teoria, neoinstitucionalista, pela qual

o direito internacional será aplicado pelas cortes internas pelo fato de ser capaz de criar incentivos aos juízes. O aumento do poder do judiciário por meio da aplicação do direito internacional faz com que os juízes sejam mecanismos eficazes para a garantia do cumprimento de normas internacionais. Como nem todos os atores domésticos são favorecidos pela aplicação do direito internacional, sua conduta será determinada por um cálculo de custo-benefício da aderência ao DIP. (GRIBEL, 2011, p. 83).

A teoria neoinstitucionalista leva ao questionamento acerca do interesse individual de cada um dos Ministros do Supremo em adotar um posicionamento contrário ao governo da época que não tinha o menor interesse na declaração de inconstitucionalidade da lei de anistia. Por que a Corte Suprema do país iria basear a sua decisão na jurisprudência da Corte Interamericana se apenas algumas poucas vítimas

remanescentes da ditadura iriam ser beneficiadas, em contrapartida ao alto custo político desta decisão? Hoje, com a condenação do Brasil, a criação da Comissão da Verdade e o crescente clamor popular por uma investigação e punição dos abusos de poder da ditadura, podemos imaginar que estes interesses individuais estariam mais tendentes a seguir uma outra direção.

Um destes interesses individuais a pautar o comportamento do Judiciário é o da manutenção do seu poder na estrutura estatal. Dificilmente os magistrados decidirão pela prevalência de uma sentença internacional, em nome da consagração do Direito Internacional, mas que “tiraria” a autoridade de uma corte doméstica ou tribunal superior. Não visualizamos por enquanto o Supremo Tribunal Federal “abdicando” de seu poder de ter a última, irrecorrível e irrevogável palavra sobre o direito brasileiro, seja ele doméstico ou internacional, lembrando que os juízes e tribunais inferiores do país têm muito menos interesse em afrontar a posição de supremacia do STF. De fato, a manutenção do poder de submeter o governo brasileiro às suas decisões é um corolário da Corte Suprema – como elucida a posição dos Ministros externada acima – que de forma alguma se derrogaria da competência para dizer sobre a aplicação dos direitos humanos no país e reconhecer a prevalência de qualquer sentença da Corte Interamericana.

Este seria o exemplo concreto do que elucida a quarta teoria, construída sob a perspectiva da política democrática, que destaca a existência de constrangimentos advindos da estrutura organizacional que vão impactar no interesse dos atores.

A competição entre as próprias cortes é o grande motivador da aplicação do direito internacional pelos juízes internos. Como todo corpo burocrático, a estrutura do judiciário nacional impõe constrangimentos que moldam o interesse dos atores, na medida em que atribui funções e competências distintas a cada um. Diferentes cortes agem de forma distinta em relação ao direito internacional. Esse comportamento será definido pelo modo como as normas de direito internacional favorecem seu posicionamento dentro da estrutura judicial. O DIP é visto como mais um instrumento à disposição das cortes domésticas que o utilizarão para gerar vantagens na competição burocrática entre diferentes níveis do judiciário e entre o judiciário e os órgãos políticos. Nessa perspectiva, não há interesse pelos juízes de se garantir o cumprimento do direito internacional; esta poderá ser uma consequência de sua freqüente utilização para garantir um melhor posicionamento na estrutura burocrática estatal. (GRIBEL, 2011, p. 84).

Pode-se perceber que sob vários aspectos estas quatro teorias, separadas e em conjunto, contribuem para explicar a resistência do Judiciário brasileiro em reconhecer a obrigatoriedade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros”. A falta de conhecimento da matéria, as pressões e escolhas políticas do governo, os interesses dos magistrados e a própria estrutura burocrática estatal brasileira são fatores

determinantes. Contudo, é o cálculo custo-benefício político da aderência ao Direito Internacional que pauta as decisões judiciais em última instância, sendo este cálculo a real faceta da falta de boa vontade do Judiciário apontada pela doutrina, como o motivo pela desconsideração nas normas internacionais, inclusive de direitos humanos, na jurisprudência brasileira.

Neste quadro, observa-se que dentre as autoridades nacionais dos três Poderes do Estado goza o Ministério Público de posição de maior independência às ingerências e interesses políticos que rondam a aplicação efetiva da proteção dos direitos humanos no país, que é o maior óbice ao reconhecimento da autoridade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros”, o que explica seu posicionamento sobre a obrigatoriedade da sentença no caso em questão. Para o Ministério Público é nitidamente mais fácil avaliar e pagar o custo-benefício em reconhecer a competência da Corte Interamericana e a autoridade de suas decisões. Além disso, o MPF foi perfeito em demonstrar que do ponto de vista jurídico não há argumentos para afastar tal autoridade e competência. Apontando tão robustos argumentos e tirando da decisão do STF na ADPF n. 153 a certeza de competência suprema, máxima e incontestável, as várias ações civis públicas e as persecuções penais interpostas dão nova oportunidade ao Judiciário nacional, inclusive o STF, de contribuir de forma inédita para a consagração dos direitos do homem protegidos internacionalmente no país.

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.

De fato, o não cumprimento da sentença da Corte Interamericana pode muito bem ser caracterizado como um ato ilícito internacional, dando causa à determinação de sanções ao Brasil pela OEA ou mesmo sendo capaz de levar à expulsão do país da Organização pelo descumprimento das obrigações pactuadas pelo Estado.

Ademais, o não cumprimento das decisões da Corte uma vez que o país se obrigou à Convenção Americana e à competência da Corte representa potencial desprestígio internacional. Isso não é interessante a um país como o Brasil que busca crescentemente influenciar a sociedade internacional e se concretizar como poder mundial.

Assim, é de extrema relevância que se coordene mecanismos internacionais e domésticos para o cumprimento das obrigações internacionais. As decisões dos tribunais domésticos podem ser um destes mecanismos para a garantia do Direito Internacional, mas podem contribuir tanto para a consagração das normas internacionais como representar um ilícito internacional.

O direito internacional é um corpo normativo que regulamenta, além de relações entre pessoas de direito público, matérias que envolvem agentes privados. Em todos os casos, seu caráter obrigatório recai sobre todos os ramos do Estado, inclusive o judiciário que tem o dever de aplicar em seus julgamentos as normas acordadas internacionalmente. Dessa forma, a decisão judicial que afeta o DIP representará uma infração do compromisso internacional pelo Estado. (GRIBEL, 2011, p. 53).

Daí a relevância das cortes domésticas não infringirem as normas internacionais. As decisões no âmbito doméstico, na medida em que aproveitam o sistema hierarquizado e coercitivo interno, facilitam – ou tornam possível – compelir as demais autoridade nacionais a cumprir os tratados internacionais. O STF, com a decisão da ADPF n. 153, se negou a assumir este papel. Igualmente, os Tribunais nacionais e Juízes singulares sempre evitaram e continuam evitando este papel.

Quando o Judiciário brasileiro não reconhece a obrigatoriedade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” não somente deixa de assumir sua função de garantidor dos acordos internacionais, como se apresenta como um transgressor das normas de proteção de direitos humanos no país.

Dessa forma, as cortes domésticas agem como atores internacionais sempre que lidam com demandas que envolvam o direito internacional, na medida em que suas ações geram efeitos externamente. [...] Assim, a violação do direito internacional poderá resultar do comportamento contrário tanto pelos juízes como de qualquer outro agente público. (GRIBEL, 2011, p. 55).

Ante o exposto é essencial que o Judiciário assumira sua função de garantidor do “sistema normativo internacional” (GRIBEL, 2011, p. 56-57). Trata-se exatamente da postura contrária à tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao analisar a Lei de Anistia perdeu a oportunidade de ser um agente transformador do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁷. Contudo, ainda há tempo para que o Judiciário brasileiro comece a atuar como órgão capaz de garantir a observância das normas internacionais no país. Para tanto é preciso que o STF tenha a humildade suficiente para reconsiderar seu posicionamento quando novamente demandado, e que as cortes domésticas inferiores tenham a coragem de não tomarem a ADPF n. 153 como obstáculo para o cumprimento da sentença do caso “Gomes Lund” proferida pela Corte Interamericana. Isso representaria uma contribuição concreta para a evolução do Direito Internacional no Brasil.

⁷⁷ Esse papel transformador foi empreendido, por exemplo, pela Corte Britânica quando do caso Pinochet, em que declarou que o ex-chefe de Governo chileno não poderia alegar imunidade em relação às acusações de crime de tortura e contra a humanidade, pois estas se aplicariam a todos.

Assim, enquanto o Judiciário do país não compreenda a relevância do seu papel para a consolidação do Direito Internacional não será possível pensar na sua evolução ou na concretização de um papel de destaque no cenário internacional. Além disso, não será possível pensar na concretização de uma Justiça de Transição brasileira.

Como vimos, a Justiça de Transição só pode se dar com a reforma das instituições, a reparação das vítimas, a busca pela Verdade e a responsabilização criminal daqueles que cometeram crimes. Ora, a sentença do caso “Gomes Lund” vem justamente buscar garantir essa Justiça de Transição. Contudo, enquanto os Poderes brasileiros continuarem a colocar obstáculos à concretização da sentença, inclusive com a manutenção da Lei de Anistia, nega-se às vítimas a possibilidade de responsabilização criminal e acaba-se negando seu direito à Justiça. Ademais, nega-se à sociedade a possibilidade de conhecer a Verdade e de construir uma Memória compatível com a proteção dos direitos humanos e efetivação da democracia.

A manifestação da Corte Interamericana sobre este caso vem justamente lembrar o Estado brasileiro de sua responsabilidade para com as obrigações internacionais e para com a construção da justiça no país. Depreende-se da sentença que as leis de anistia em relação a graves violações aos direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e com as obrigações internacionais dos Estados, contribuindo para a impunidade e para a não efetivação do Direito à Verdade e do Direito à Memória. Enquanto existir essa incompatibilidade tem-se um ambiente favorável a que novas violações contra a humanidade venham a ocorrer.

Com efeito, o não cumprimento da sentença da Corte no caso “Gomes Lund” representa a não efetivação pelo Brasil dos direitos humanos em seu âmbito interno, o que indica uma trajetória contrária à evolução do Direito Internacional. Ao contrário, o cumprimento da sentença significaria um fortalecimento da democracia e a construção de uma memória brasileira de repúdio às violações de direitos humanos, consolidando a proteção desses direitos no país.

Ante o exposto, o Judiciário brasileiro tem um importante papel a cumprir no que tange a efetivação do cumprimento da sentença da Corte Interamericana e, conseqüentemente, efetivação da Justiça de Transição no Brasil. A esse respeito, resta agora acompanhar os processos em andamento – a exemplo das ações contra o “doutor Asdrúbal” e o “coronel Curió” – e os casos que se apresentarem, verificando se vão seguir caminho diferente do que se construiu até o momento e levar a concretização da Justiça, da Verdade e dos direitos humanos no país.

CONCLUSÃO

O processo de uma Justiça de Transição no Brasil ainda não se findou. O conjunto de medidas políticas, institucionais e jurídicas necessárias para a transição de um Estado ditatorial para um Estado verdadeiramente democrático e compromete-

tido com sua memória se encontra ainda em construção. Nesse quadro, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153 que declarou constitucional a Lei de Anistia, longe de ser um primeiro e importante passo para a punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos quando da Ditadura Militar no país, tornou-se um ato de violação à proteção internacional destes direitos.

Ao declarar a Lei de Anistia constitucional com “eficácia vinculante para todos” e entendendo-a ampla, geral e irrestrita, a corte suprema brasileira ignorou por completo a jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos que há muito vinha declarando a violação da Convenção Interamericana pelas chamadas “leis de autoanistia”. Apesar de declarada constitucional, a Lei de Anistia é inconvenção, já que viola as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, e inválida, na medida em que contraria o *jus cogens* internacional. Com efeito, a decisão do STF coloca o Brasil na esteira contrária do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que a Corte Interamericana vem constantemente reiterando em sua jurisprudência.

Não obstante o Estado brasileiro reconhecer que a Corte Interamericana seria o tribunal maior com competência para declarar a proteção dos direitos do homem (Decreto 4.463 de 2002), a Corte Suprema do país sequer faz menção às decisões da CIDH. Ainda arraigado em uma concepção dualista extrema do Direito Internacional, a atuação do Supremo passa a nítida impressão de que ainda considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos uma realidade distante, sem aplicação no âmbito interno, e que deveria ser apenas tema de discussão entre estadistas e diplomatas, não possuindo as cortes domésticas qualquer papel na consolidação da proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, o Judiciário brasileiro, apoiado em grande medida nos entendimentos do STF, ainda não atentou para o papel essencial a ser exercido para a consolidação, expansão e transformação do Direito Internacional. Essa concepção antiquada é extremamente prejudicial para o Direito Internacional e seus âmbitos de proteção, na qual se destaca a garantia dos direitos humanos, um dos fundamentos constitucionais do Estado brasileiro. Além disso, uma atuação do Judiciário apartada do Direito Internacional não é interessante para um país que busca constantemente ampliar sua inserção e relevância no cenário internacional.

Em um ambiente internacional de profunda interdependência entre os Estados não há lugar para um descompasso entre política externa e doméstica. Cabe ao Estado garantir instrumentos internos de aplicação das normas internacionais e o cumprimento dos acordos e tratados internacionais, sob pena de frustrar não somente a observância das obrigações e contribuir para a insegurança do sistema, mas também de frustrar a própria evolução do Direito Internacional. A possibilidade de o Brasil ser responsabilizado por ato ilícito internacional dado o não cumprimento integral da sentença da Corte no caso “Gomes Lund e Outros” é uma realidade. Contudo, não é em nada interessante para um país cuja política externa nos últimos anos

tem sido de fortalecer sua importância regional e mundial, inclusive no âmbito dos direitos humanos, com vistas a influenciar os rumos do sistema internacional.

O reconhecimento e a aplicação integral da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” pelo Judiciário brasileiro elevará o cumprimento do Direito Internacional no Brasil ao mais alto nível, condizente com a pretensão estatal de se tornar de fato um ator de peso nas relações internacionais, e onde não mais haverá discrepância entre os compromissos assumidos internacionalmente e seu cumprimento no âmbito interno. Política externa e política interna no Brasil finalmente seriam compatíveis.

Atualmente, a decisão do STF na ADPF 153, bem como seu posicionamento frente ao Direito Internacional, contribui para a impunidade, não impedindo que novas violações aconteçam; obsta a consolidação do Direito à Verdade e do Direito à Memória, e não leva à Justiça. Assim, cabe ao Supremo e a todo Judiciário brasileiro a reflexão sobre seu papel essencial no que diz respeito a, ao invés de enfraquecer a obrigatoriedade das normas internacionais, atuar para consagrá-las e levar à realização dos direitos humanos e da justiça no país.

O problema da aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, dada sua materialidade constitucional, é mais uma questão de falta de vontade do que propriamente de Direito. Nesse sentido, é preciso trabalhar o interesse brasileiro em efetivar a Verdade, a Memória e a Justiça, lembrando que os instrumentos internacionais de direitos humanos podem contribuir imensamente para isso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 8ª Vara Justiça Federal em São Paulo. *Sentença Ação Civil Pública N. 2008.61.00.011414-5*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União, Carlos Alberto Brilhante Ustra, Audir Santos Maciel. São Paulo, 5 mai. 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/processo-20086100011414-extincao.pdf>. Acessado em: 19.09.2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Coordenação Criminal, *Documento n.1/2011*. Brasília, 21 mar. 2011. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/diversos/justica-de-transicao/Doc1-ReuniaoInternadecisaoCorteInteramericana-CasoGomesLund%20vs%20Brazil.pdf>. Acessado em: 21.06.2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 196, p. 105-116, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso 11.552 Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acessado em: 16.04.2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DREITOS HUMANOS. *Sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil*. 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 16.04.2012.

GUERRILHA do Araguaia: Sebastião Curio agora é réu por crime de sequestro. *Jornal do Brasil*, Brasília, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/08/30/guerrilha-do-araguaia-sebastiao-curio-agora-e-reu-por-crime-de-sequestro/>. Acessado em: 24.09.2012.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério. *A Lei de Anistia viola convenções de direitos humanos*. 10 mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acessado em: 16.04.2012.

GRIBEL, Gabriela Frazão. *As Cortes Domésticas e a Garantia do Cumprimento do Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

MACHADO, Bruno Ribeiro. A Justiça de Transição e a Reparação de danos no Brasil: a necessidade de consideração dos danos morais na fixação do quantum indenizatório. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n 5, 2009. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/.../22/>. Acessado em: 21.04.2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

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-da-ditadura>. Acessado em: 24.09.2012.

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>. Acessado em: 26.09.2012.

SOUSA, Arnaldo Vieira. *Lei da Anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento*. 2010. 89f. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/39477611/Monografia-Arnaldo-concluida>. Acessado em: 21.04.2012