



ENEPEX

ENCONTRO DE ENSINO,
PESQUISA E EXTENSÃO

8° ENEPE UFGD • 5° EPEX UEMS

NEOCONSTITUCIONALISMO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA INCONGRUÊNCIA COM A DECISÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL REFERENTE À LEI DE ANISTIA.

Mariana Militão Igrecias¹; Alessandro Martins Prado²

¹Bolsista PIBIC/UEMS/CNPq – Paranaíba-MS, Email: marigleh@me.com

² Docente do Curso de Direito da UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; Email: alessandrocenteuems@gmail.com

RESUMO

Ainda à época de vigência do regime ditatorial no Brasil, em 1979, a Lei De Anistia foi promulgada com o intuito de conceder perdão judicial à todos que cometeram crimes no período compreendido entre 1961/1979, 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, englobando de forma irrestrita o perdão. Com o passar dos tempos, tornou-se mais visível e questionável se alguns crimes perdoados no referido período, tais como os seqüestros, os homicídios, bem como as torturas, praticados com a permissão do próprio Estado ainda permaneceriam impunes frente à nova Constituição/88. Em 21/10/2008, ante à necessidade de responsabilização penal, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, ADPF, questionando-se a vigência dos artigos 1º e §1º da Lei de Anistia, segundo visão da nova ordem constitucional, os valores e princípios do neoconstitucionalismo. Apesar da evidente relevância dos argumentos, o voto do ministro relator foi pela improcedência do pedido. O presente estudo é de cunho bibliográfico, método hipotético-dedutivo, e vem demonstrar as conclusões sobre contradições da Lei de Anistia frente à nova Ordem Constitucional, acerca do tema e o movimento histórico que ensejou mudanças de paradigmas constitucionais, com o objetivo de ampliar o debate na comunidade jurídica abordado.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Justiça de Transição, Lei de Anistia

INTRODUÇÃO

Em segunda metade do Século XX, após o conhecimento da comunidade global ante às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, surgiu uma preocupação em se dar a importância aos novos valores bem como em se buscar a efetivação dos direitos fundamentais, sendo valores e princípios essenciais defendidos pelo movimento chamado “neoconstitucionalismo” ou “novo constitucionalismo”, incorporando-os por intermédio de textos ligados ao Estado Democrático de Direito, sendo um reflexo da estagnação do extremo positivismo jurídico (BARROSO, 2009).

A partir disso, a presente pesquisa, que faz parte do projeto de Iniciação Científica desenvolvido na UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba e que foi realizada dentre 2012 e 2013, teve por objetivo averiguar essa nova ótica jurídica, fruto da reaproximação do Direito novo paradigma no Estado Constitucional Democrático de Direito e demonstrando a incongruência com a Ação de Arguição de descumprimento de preceito fundamental, que não modificou o entendimento sobre a Lei de Anistia.

O procedimento metodológico constitui-se em pesquisa bibliográfica das obras recomendadas, tais como livros, periódicos, artigos e revistas, resenhas e bancos de dados informatizados nas bibliotecas que discorrem a respeito dos temas abordados no presente estudo.

Para a assimilação do conteúdo das obras pesquisadas, assim como para sua síntese e enquadramento no contexto global da pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo por meio da ligação e construção de conceitos retirados das obras indicadas pelo orientador, bem como foi utilizada a busca pelas decisões, julgados e posicionamentos que ensejaram esta pesquisa, e ainda, foi realizado estudo sobre o período histórico que a contextualiza.

Sob essa ótica, é válido salientar que a referida pesquisa buscou contribuir na formação do pesquisador por meio dos conhecimentos adquiridos e no desenvolvimento de futuras pesquisas que permitam analisar e compreender a atual realidade social e jurídica, bem como acrescentar o conhecimento da comunidade acadêmica.

Obteve-se resultados com a apresentação de um capítulo de livro na obra literária Tutela Coletiva e o Amplo Acesso à Justiça, em conjunto com discentes e docentes da Unidade Universitária de Paranaíba, da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, bem como demais apresentações de resumos em eventos de comunicação.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ACESSO À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O neoconstitucionalismo surgiu na segunda metade do Século XX, dando início à disseminação do direito constitucional por todos os ramos do direito e conseqüentemente provocou o surgimento do Estado Social, trazendo a norma constitucional como o topo do ordenamento jurídico, mudando felizmente o paradigma jurídico que ocasionou a mudança dos conceitos que antes eram aceitos até então, sob a visão de um Sistema Liberal de Governo e de um Sistema Legalista e Positivista (BARROSO, 2009).

Essa nova tendência do direito veio diferenciar da corrente clássica do positivismo jurídico, no que se toca à interpretação e aplicação da lei, uma vez que consoante a corrente positivista, o juiz aplicava a lei conforme estava transcrita, sem se importar com a melhor adequação desta ao caso concreto. A inovadora tendência mencionada é a pós-positivista, na qual o magistrado tem como dever o de se importar e atribuir maiores valores aos princípios abrangidos pela Constituição vigente (CARBONELL; PIETRO SANCHIS, 2007; 2003).

Necessário destacar que a relação estabelecida entre o poder judiciário, ciência jurídica, demais legislações, administração e a própria Constituição, puderam, a partir disso, estabelecer essa nova visão do constitucionalismo, salientando-se que “[...] Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma Jurídica [...]” Principalmente que “[...] a Constituição era vista como um documento essencialmente político[...]” (BARROSO, 2009, p.262)

No entanto, apesar do envolvimento do direito constitucional nos demais ramos do direito, isso não foi o bastante para que se fosse garantido a concretização de referidos direitos (CANOTILHO, 1993), havendo assim, a constante necessidade da criação de formas e mecanismos que os assegurem, efetivando-os aos seus cidadãos.

Em meio a isso, após conflitos sangrentos, na década de 90, dentre as medidas para efetivação dos direitos fundamentais e humanos, surgiram medidas de reconciliação com o passado e diversas formas de efetivação ou aplicação da justiça de transição, seja por meio de processos de redemocratização, seja através de intervenções internacionais (PIOVESAN, 2010b).

Importante ao Brasil e demais países, a Justiça de Transição veio para enfrentar o que foi deixado como legado de uma violência ocorrida no passado (PIOVESAN, 2010b), com a finalidade de se localizar e apontar responsáveis de tais atrocidades, crimes de lesa-humanidade, bem como exigir que os direitos à memória e à verdade sejam efetivados, que as instituições se fortaleçam com os valores democráticos defendidos pelo movimento neoconstitucionalista, e ainda, garantir que não haja novos abusos como os que ocorreram neste passado.

Além disso, apesar de uma maior judicialização da política no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não tem quase tratado sobre a questão da Justiça de Transição, apesar ser de suma importância, talvez por se tratar de um assunto ainda polêmico em nossa sociedade, como traz CASTRO, sobre o STF e a judicialização da política (1997). É o que se verifica quanto à decisão da ADPF 153, que buscava outro entendimento sobre a Lei de Anistia.

Ainda à época de vigência do regime ditatorial no Brasil, em 1979, a Lei De Anistia foi promulgada com o intuito de conceder perdão judicial à todos que cometeram crimes no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, 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, em termos do Art. 1º de referido diploma, a Lei 6683/79 (BRASIL, 1979).

Quando foi promulgada, a lei de Anistia englobou o perdão à todos os exilados pela repressão política, no entanto, com o passar dos tempos, tornou-se mais visível e questionável se alguns crimes perdoados no referido período, tais como os seqüestros, os homicídios, bem como as torturas, praticados com a permissão do próprio Estado, ainda permaneceriam impunes frente à nova Constituição de 1988, que veio para garantir uma vida digna aos cidadãos, sobreviventes e vítimas das atrocidades advindas da Ditadura Militar.

A partir disso, dentre as violações que ocorreram, apesar da existência de violações que não se configurariam crimes de lesa-humanidade, que prescreveriam normalmente, necessário se faz a melhor análise do caso concreto, e não de uma forma abstrata e genérica (VENTURA, 2011, p. 334).

Em 21/10/2008, frente à necessidade de responsabilização penal dos autores de mencionados e odiosos crimes, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), questionando-se a vigência dos artigos a Lei de Anistia, no entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a sua revisão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Expresso na Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça é um direito o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, tem-se que todo cidadão tem o direito de pleitear aos órgãos do Poder Judiciário, as demandas que lhe são pertinentes, uma vez que estejam preenchidos os requisitos legais processuais para o exercício de tal direito (C.F. Art. 5º, XXV).

Assim, verifica-se que no momento em que o Estado passa a proibir a autotutela, surge o dever deste de fornecer ao cidadão um instrumento que resolva de modo eficaz os conflitos deste, movimentando-se o Poder Judiciário, é o que elucida José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p.71) sobre o Acesso à justiça:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, *acesso* à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo equo, correto, justo.

E ante ao exercício do acesso à Justiça, cria-se o direito à prestação jurisdicional, uma vez que não se pode colocar obstáculos à justiça.

É mister que a jurisdição atualmente está incluída como responsabilidade estatal, quando se trata de eliminar os conflitos, para fins de fortalecimento e confirmação dos valores da pessoa humana. Desta feita, o Estado tem o dever de criar e manter estruturas judiciárias e sistemas jurídicos processuais que sejam democráticos, justos e acessíveis à todos os seus cidadãos, transformando assim a anterior ótica individualista que há muito era vista (PIOVESAN, 2010).

Tendo isso como base, não podemos permitir que a justiça deixe de observar os elementos que sustentam nosso Estado Constitucional e de nossas garantias fundamentais, pois só a criação de um Estado Constitucional não é o bastante para a sustentação definitiva de um governo realmente democrático.

É preciso sempre desenvolver as formas de garantia relacionadas às liberdades políticas do cidadão, pois caso o contrário, isso poderá produzir um Estado Constitucional não democrático, ainda que haja em texto legal. E são os elementos que vão garantir tais liberdades, e estas só serão alcançadas se houver um Poder Judiciário no qual há respeito aos valores, fundamentos e princípios elencados em nossa Constituição (REYES, 2007).

Diante do exposto, vale acrescentar os ensinamentos de José Renato Nalini (2008, p.431):

[...] Juízes eticamente preparados sempre contribuirão para o aprimoramento da instituição enquanto juízes tecnicamente adequados, mas eticamente descomprometidos, não se empenharão em reformas, salvo aquelas destinadas ao fortalecimento da corporação[...].

Cita ainda o mesmo autor, os ensinamentos de Antônio Almeida Simões que:

A cultura jurídica gerou uma justiça blindada pelo mais ortodoxo positivismo. E “enquanto o legalismo positivista se mantiver instalado como doutrina dominante, o juiz continuará a ser um mero aplicador da lei com escassa atividade juridicamente criadora e todos nós, quase sempre, glosadores e glosadores de glosadores”(SIMOES apud NALINI, 2008, p.432).

E ainda, conforme Código de Ética da Magistratura, Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, sem seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do país, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

É visível que não se trata somente de magistrados e aplicadores do direito, mas sim de toda a sociedade que corrobora com a obstaculização da justiça. E que não se trata apenas de escolha sobre questões meramente subjetivas, mas sim de um dever para com a sociedade, que por sua vez, tem uma Carta Magna garantindo seus direitos (DUGUIT, 2005)

O homem que vive em sociedade possui direitos, no entanto, referidos direitos não significam que lhe pertençam na sua qualidade de homem, mas sim poderes que lhe pertençam, porque, sendo um homem social, este tem um dever a cumprir, de modo que, não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem, que fundamentam a regra do direito dos homens

que vivem em sociedade, mas a regra do direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social na comunidade em que vive. (DUGUIT, 2005).

Noutro giro, AGRA (2008, p.496) registra que:

Atualmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos tanto de forma subjetiva quanto, principalmente, na sua forma objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes. A identificação dos direitos fundamentais de forma objetiva e subjetiva contribui para a construção de um Estado Social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos.

Se o Estado é o responsável legítimo para promover a justiça social, é certo o seu dever de proteger os direitos fundamentais e suas decisões devem se basear nos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, tornando compatível o bem tutelado e a demanda. Ocorre, no entanto, que levando em conta o princípio da proporcionalidade, muitas decisões se tornam injustas e até mesmo inconstitucionais, desvirtuando assim tal princípio, com fundamentos infundados, consoante SARLET (2008, p.36):

[...] se no Estado Democrático de Direito não há como afastar a aplicação da proporcionalidade, em virtude da necessária compatibilização e bens e interesses, e por conta da superação da estrita legalidade formal (a lei que fere as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade é, para além de inconstitucional, injusta), também não há como transformar a proporcionalidade (assim como os princípios em geral), em pautas decisórias arbitrárias e que possam justificar qualquer solução. A proporcionalidade, na sua aplicação concreta e ao mesmo tempo não afasta a consideração de outros critérios materiais a balizar uma decisão sobre a legitimidade constitucional de alguma ação estatal.

Desta feita, o homem social deve seguir parâmetros quando se trata de aplicação e interpretação da lei infraconstitucional, e esses parâmetros devem estar em conformidade com os princípios que a Constituição protege, e quando houver desrespeito aos valores, mandamentos e princípios desta, aquele não pode dispensar o seu papel social como o de buscar remediar ou até mesmo evitar que se ocorra atrocidades e injustiça, principalmente as perpetradas pelo próprio Estado.

2.O CASO ARAGUAIA E O RECEBIMENTO DAS DENÚNCIAS

Exemplo a se seguir, de acesso à justiça, foi o recebimento da Denúncia do Ministério Público Federal, pela Juíza federal Nair Cristina Corado Pimenta de Castro, em Marabá (PERES;

BREDA, 2012). Tal de denúncia foi feita em face do coronel de reserva Sebastião Rodrigues de Moura, conhecido como Major Curió, pelo crime seqüestro de militantes políticos durante o período do regime militar(PERES; BREDA, 2012).

Vale ressaltar que a Juíza reformou decisão de um juiz substituto que havia negado tal pedido(PERES; BREDA, 2012), sendo assim um fato inovador no país, uma vez que todas as tentativas de se responsabilizar penalmente tais agentes de Estado que cometeram violações de direitos humanos, foram frustradas, alegando-se que tais crimes estariam prescritos ou que eram protegidos pela Lei de Anistia.

Além de aceitar a denúncia contra o Major Curió, a juíza também recebeu a peça de acusação em face do major da reserva, Lício Augusto Maciel, sendo este também acusado pelo seqüestro qualificado de militantes capturados durante a repressão à guerrilha do Araguaia e que até hoje estão desaparecidos(PERES; BREDA, 2012).

Na Guerrilha do Araguaia, com a forte oposição partidária ao regime ditatorial, houve um grande conflito entre esta e os militares. Muitos guerrilheiros do partido, foram perseguidos, torturados e cruelmente assassinados. Alguns de seus corpos foram escondidos na região do Araguaia pela própria tropa do governo, outros até hoje não foram encontrados (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 195) e consoante dados da Comissão de 2009:

[...]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).

O Major Curió, usando o codinome de “doutor Luchini”, comandou a repressão à guerrilha do Araguaia, e atualmente foi denunciado, conforme tal peça processual (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012) in verbis:

[...] Dos Pedidos: Por tais fundamentos de fato e de direito, estando plenamente demonstrada a autoria e materialidade do sequestro qualificado das vítimas MARIA CÉLIA CORRÊA (conhecida como ROSINHA), HÉLIO LUIZ NAVARRO DE MAGALHÃES (conhecido como EDINHO), DANIEL RIBEIRO CAO (conhecido como DOCA), ANTÔNIO DE PÁDUA (conhecido por PIAUI), e TELMA REGINA CORDEIRA CORRÊA (conhecida como LIA), o Parquet vem denunciar o nacional SEBASTIÃO CURIÓ RODRIGUES DE MOURA pela prática, por cinco vezes, do crime de sequestro qualificado por maus tratos, sujeitando-o às penas de crime previsto no art. 148, §2º do Código

Penal Brasileiro, na forma do art. 69 do mesmo diploma, razão pela qual requer seja instaurada a competente Ação Penal e citado o denunciado, nos termos do CPP, até o final da sentença condenatória [...]

Já Lício Augusto Maciel utilizava o codinome de “doutor Asdrúbal” (PERES; BRENDA, 2012) e foi responsável pela perseguição e captura de Divino Ferreira de Souza, este o qual foi emboscado no dia 14 de outubro de 1973 pelos militares chefiados por Lício, conforme investigação do Ministério Público Federal foi interrogado, detido ilegalmente e até hoje não foi mais visto (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Tais crimes ocorreram durante A Operação Marajoara, último momento dos conflitos entre os militantes e os militares (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 199). Conforme relatório do Ministério Público Federal, nos processos judiciais, houve o deliberado e definitivo abandono no sistema normativo vigente, pois se decidiu claramente pela adoção sistemática de medidas ilegais e violentas, promovendo-se então o seqüestro ou a execução sumária dos militantes. Não há notícias de sequer um militante que, privado da liberdade pelas Forças Armadas durante a Operação Marajoara, tenha sido encontrado livre posteriormente (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Diante isto, podemos dizer que aceitação das peças processuais sobre a Guerrilha do Araguaia foram importantíssimas na transformação da nossa cultura política e jurídica brasileira, na qual é grande a presença da impunidade e da desesperança por parte das vítimas e terceiros envolvidos que têm seus pedidos de justiça negados.

Conforme o Ministério Público Federal, no caso, a responsabilização penal de ambos os militares mencionados é uma obrigação do Estado brasileiro diante da sentença da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema e contrário à maioria, estas responsabilizações não se contradizem à Lei de Anistia ou o julgamento do Supremo Tribunal Federal, pois os dois casos, as denúncias se sustentam em investigações que são próprias e indicam que os acusados são os maiores responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade.

3. A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Até o presente momento foi necessária intervenção da Corte Interamericana, para que se apurasse tais acontecimentos, e crimes de lesa-humanidade, uma vez que os familiares,

conhecidos e amigos das vítimas e desaparecidos, não tinham respostas frente ao poder judiciário, muito menos às políticas públicas a fim da justiça de reparação (RAMOS, 2011). Tais pessoas buscavam formas alternativas frente à recusa do Estado para trazer respostas, assim, a intervenção da Comissão Interamericana da Corte foi importante para que fossem liberados os arquivos e documentos relacionados.

Consoante RELATÓRIO CIDH (2010, p.64):

[...] 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.

Da imprescindível decisão da Corte, conheceu-se que o Estado brasileiro deixou que se ocorressem crimes contra a humanidade, tais como desaparecimentos forçados, assassinatos, sequestros qualificados e torturas, durante a Guerrilha do Araguaia (RELATÓRIO CIDH, 2010), indo totalmente contra os princípios que são abrangidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, assim tem-se que intervenção da Corte Interamericana foi crucial, não somente para a responsabilização de tais autores, bem como ao fomento do desenvolvimento ao direito à verdade e reparações (PIOVESAN; GOMES; MAZZUOLI, 2011) que hoje, na impunidade, geram mais dor às pessoas e mais insegurança jurídica e política.

Diante disso, a Corte enfatizou que os Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica, dentre eles o Brasil, têm:

[...] a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso de determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito

violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se restabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.

Tal decisão, já ocorreu de forma semelhante com o Peru, este também foi condenado por um caso análogo à do Guerrilha do Araguaia.

Em relação ao crime de desaparecimento forçado, um dos ocorridos no período da Ditadura Militar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) entendeu que este crime tem um caráter permanente, não cessando até que se tenham notícias sobre o paradeiro da vítima:

[...]No Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado[...]

Desta forma, mesmo que o Brasil não estivesse obrigado a investigar fatos ocorridos antes de 10 de dezembro de 1998, quando foi reconhecida a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a obrigação subsiste após essa data quando se analisa o caráter permanente do crime de desaparecimento forçado de pessoas.

Ainda assim, o presente estudo constatou que tal condenação ao Brasil atualmente divide a comunidade acadêmica, provocando discussões acerca de matérias de direito internacional e direito constitucional, e dentre essas discussões a que mais divide os acadêmicos é a aplicação da decisão da corte internacional, que critica posição abordada pela nossa Corte.

Além disso, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, contribuiu para o mesmo entendimento quando trouxe à luz, em seu artigo 53, que as normas de direitos humanos são reconhecidas como normas “jus cogens” (ACCIOLY, 2010). Essa característica “jus cogens” traz a vinculação de todas as nações, além das que participam da Organização das Nações Unidas, e é importante no que se trata ao respeito dos direitos humanos seja no âmbito externo,

seja no interno.

Assim, as atrocidades e os crimes que lesionam os direitos dos cidadãos, que são praticados pelos agentes ou até mesmo pelo próprio Estado brasileiro no período ditatorial são obrigados a serem investigados, apurados e julgados.

Neste diapasão, o artigo 2º do pacto de São José da Costa Rica traz como determinante que o exercício dos direitos e liberdades mencionados em seu artigo primeiro, devem ser garantidos através de disposições legais ou constitucionais de cada país que for pactuante, podendo ser até o caso de ocorrer mudanças em suas legislações para realmente concretizar os direitos inerentes à pessoa humana. (CONVENÇÃO AMERICANA, 1969, artigo 2º).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devemos lutar pelo acesso à essa Justiça de Transição, para reconciliar o passado com o presente, e se temos os princípios, valores e fundamentos protegidos pela Carta Magna, as condutas ilícitas que os ferem deverão ser investigadas, processadas e os responsáveis conseqüentemente punidos.

Uma lei infraconstitucional, ou fundamentos infundados, tais como os que rejeitam as denúncias referentes aos crimes de lesa-humanidade, não podem trazer óbice para a justiça.

Conforme Rudolf Von Ihering (2010, p.17-18):

[...] é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que, em conseqüência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma pessoa. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize.

São inúmeros casos não solucionados que ainda pairam no nosso ordenamento jurídico, são muitos que nem chegam a ele, muitos até mesmo desconhecidos, mas em meio a tantas recusas não podemos desistir dos nossos direitos, da reparação, não podemos apagar o passado, manter a impunidade e muito menos esquecer a justiça.

Desta Forma, o objeto a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 153 do ano de 2008, bem como das implicações da Lei de Anistia em todos os âmbitos, além do estudo das principais teorias referentes ao tema, não sendo definitivas, pelo contrário, inovadoras e recentes, devido ao fato de ter restado infrutífera a ADPF, pode-se perceber que o assunto não é de todo encerrado muito menos esgotado, sendo um tema de recente posição da comunidade jurídica, e vários materiais que o tornam imenso e os tornam amplo.

Com efeito, apenas o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não é a melhor das soluções, visto que não tornou eficaz ou efetivo tal posicionamento, tendo em vista o Supremo Tribunal Federal considerar a Lei de Anistia válida diante à relevância de proteção que a Constituição Federal de 1988 reserva aos direitos fundamentais.

Para Flávia Piovesan (2010a, p.466):

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça – ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à verdade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional.

Assim, o presente estudo conclui em partes que cumprir a decisão emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Guerrilha do Araguaia, é o mínimo que se espera por parte do nosso Estado Constitucional Democrático de Direito, bem como se espera que o Supremo cumpra seu papel como guardião da Constituição, e dos direitos e garantias individuais de toda a sociedade brasileira que lhe são dispensados, e aos familiares de vítimas e sobreviventes do referido caso do Araguaia.

E ainda, por fim, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, cumprindo a decisão da referida Corte, e revisando a Lei de Anistia, não estaria caindo em descrédito perante a sociedade, mas sim estaria reconhecendo a primazia dos direitos humanos em território brasileiro, buscando a melhor efetivação destes e o maior sentimento de justiça e respeito perante nossa Suprema Corte, bem como nosso Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga e TAVARES, andré Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. (1988) 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código de Ética da Magistratura. CNJ. Disponível em: <<http://nossosdireitoshumanos.blogspot.com.br/2009/03/código-de-etica-da-magistratura.html>> Acesso em 05.10.2012.

_____. **8ª Vara Justiça Federal em São Paulo. Sentença Ação Civil Pública**

N.2008.61.00.011 414-5. 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/processo20086100011414-extincao.pdf>. Acessado em: 01.02.2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CARBONELL. Miguel. **Teoria Del Constitucionalismo. Ensaios escogidos**. Madri: Editorial Trotta, 2007.

CASTRO, Marcos Faro de. **O STF e a judicialização da política**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 1997.

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: 20.11.2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilhado 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.

CRUZ, Luiz M. **Estudios sobre El Neoconstitucionalismo**. 1.ed. México: Editorial Porrúa. p.139.

DELMANTO, Celso, et al. **Código penal comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradutor Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords). São Soberano. Org: Mario Losano. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GOMES, Maurício Antunes. **Os direitos adquiridos em face da Nova Constituição**. São Paulo: Justitia, 1989.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa Da Constituição**. ed. 34. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**: tradução José Cretella Jr e Agnes Cretella, 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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/Doc1ReuniaoInternadecisaoCorteInteramericanaCasoGomesLund%20vs%20Brazil.pdf>
Acessado em: 21.12.2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PERES, João; BREDA, 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>. Acessado em: 20.12.2012.

PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Frotta, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Flávia. Leis de Anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto Sul-Americano. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. 21. p. 456-469.

_____. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010b.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Constitucionalismo a Debate**. 1.ed. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: A ADPF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 38-39..

SANTOS, Cecília MacDowell. **Ativismo Jurídico Transacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Internacional de Direitos Humanos, número 7, ano 4, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Penal: Breves notas a respeito dos limites e

possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. A necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. **Revista da ESMEC**, v.15, n.21, 2008.

SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. O Estado Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Reflexões sobre o multilateralismo em Direitos Humanos no âmbito da OEA. **Revista da AGU**, Brasília/DF, n. 75, p. 79-98, abr.,2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL). Notícias STF. In: **STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois**. Quinta-feira, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 25.12.2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**, 2005.

VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional**. 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. p. 310-343.

VIEIRA, José Ribas. **Uma visão crítica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1987.