

ATIVISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA - VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA

ACTIVISM AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE ROLE OF INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUSTICE IN TRANSITION BRAZILIAN - TRUTH, JUSTICE AND MEMORY

Luiz Felipe Nunes¹

Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul/Unisc

Rogério Gesta Leal²

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos; jurisdição constitucional. ativismo e da jurisdição internacional, em especial o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar a contribuição do

¹ Bolsista Capes/Prosup. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Civil pelo Instituto Meridional (Imed). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Membro do Grupo de Pesquisa "Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos", coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal, "Cidadania e Direitos Fundamentais como fundamentos para a criação e implementação de Políticas Públicas: os desafios para a concretização de uma educação voltada aos direitos humanos- considerações, obstáculos, propostas", coordenado pelo Professor Dr. Clóvis Gorczecki, e do Grupo "O princípio da subsidiariedade e a (re)definição de competências locais: uma análise da realidade dos municípios brasileiros e das autarquias locais portuguesas", coordenado pelo Professor Dr. Ricardo Hermany. Membro Integrante e Pesquisador do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP). Advogado. *E-mail:* luizfelipenunes@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0075687676744946>.

² Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, Santa Cruz do Sul/RS, Brasil. Professor da Unoesc. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (Enfam). *E-mail:* gestaleal@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7185339028226710>.

para a Justiça de Transição brasileira. Para tanto, foram desenvolvidos alguns títulos, e, em cada um, são tratadas questões relevantes para o tema proposto, utilizando-se do método dedutivo e de consulta bibliográfica. Após o desenvolvimento necessário para a abordagem do tema, abordar-se-á a decisão do Caso Lund e outros *vs.* Brasil – *Caso Araguaia* –, culminando na sua decisão, bem como nas orientações da Corte para o Estado brasileiro. Concluindo-se o trabalho, observamos o lugar de destaque ocupado pelo Estado Constitucional, principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, por ser garantidor da constituição e dos direitos fundamentais, o que cria um dever de ação e não de abstenção ao Estado, para que se possa dar/garantir a efetividade dos direitos fundamentais, o que, no caso em específico – *Araguaia* –, culminou na instauração da Comissão da Verdade no Brasil, o primeiro pilar de uma Justiça Transacional.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição; ativismo judicial; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Ditadura Militar; justiça de transição.

ABSTRACT: *The present study aims to analyze the contribution of activism and international jurisdiction, in particular the role of the Inter-American Court of Human Rights of the Organization of American States for Transitional Justice Brazilian. Thus, we developed a few titles, and each are treated issues relevant to the proposed topic, using the deductive method and bibliographical. After development necessary to approach the topic, will address the decision Case Lund and others Vs. Brazil – Case Araguaia – culminating in his decision, as well as the guidelines of the Court to the Brazilian State. Concluding the work, observe the prominent place occupied by the Constitutional State, especially in the post-World War II, being the guarantor of the constitution and fundamental rights, which creates a duty of action and not the rule of abstention, so that one can take to ensure the effectiveness of fundamental rights, which in the specific case – Araguaia – culminated in the establishment of the Truth Commission in Brazil, the first pillar of a Transactional Justice.*

KEYWORDS: *jurisdiction; judicial activism; Inter-American Court of Human Rights; Military Dictatorship; transitional justice.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Da monarquia absolutista ao Estado Democrático de Direito: o deslocamento do polo de poder para o Judiciário e a Constituição como expressão máxima dos valores eleitos por uma determinada sociedade; 2 A legitimidade da atuação dos Tribunais Constitucionais de Direitos Humanos: o Caso Araguaia e a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3 As consequências do Ativismo e da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA: a justiça transacional no Brasil e seu primeiro passo, a Comissão da Verdade; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 From absolute monarchy to a democratic state: the displacement of the pole of power to the judiciary and the Constitution as the highest expression values chosen by a given society; 2 The legitimacy of the action of the Constitutional Courts of Human Rights: Case Araguaia and the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights; 3 Consequences of Activism and the Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights of the OAS: a transitional justice in Brazil and its first step, the Truth Commission; Final considerations; References.*

Você terá que estar preparado para queimar em sua própria chama. Como se renovar sem primeiro se tornar cinzas? (Nietzsche)

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Olhar nas linhas da história nos revela que os direitos foram conquistados por meio de lutas e ações da sociedade. No entanto, foi somente após as atrocidades cometidas pelo regime nazista e fascista na Segunda Guerra Mundial que se gerou, principalmente nos países mais afetados pelos conflitos e regimes totalitários, um novo apelo ao fortalecimento da democracia, direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana, que passaram a ocupar um lugar de destaque nas Constituições do pós-Guerra.

É nesse período que a Constituição passa a ser entendida como uma expressão máxima dos valores que uma determinada sociedade elege, e não mais tão somente como um instrumento de garantia contra o poder do Estado, ou, ainda, como um mecanismo de direção política. Com a necessidade de concretização de “novos” direitos, o Estado passa a criar mecanismos de efetivação desses direitos. O Judiciário passa a deter o polo de poder antes detido pelo Executivo e o acesso à justiça assume um papel fundamental para essa nova ordem criada; assim, a jurisdição constitucional ganha um espaço de destaque no contexto do Estado Constitucional.

Ocorre que, diante dessa nova realidade, exige-se uma postura mais ativa e intervencionista por parte dos Tribunais Constitucionais, em que esses acabam ultrapassando a sua função *negativa*, gerando o ativismo judicial. É a partir da segunda metade do século XX que observamos um alargamento do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais, bem como o questionamento acerca da legitimidade e dos limites da atuação da jurisdição constitucional no contexto democrático. É nesse contexto que surge o tema proposto, o papel

da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA na justiça de transição brasileira.

1 DA MONARQUIA ABSOLUTISTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DESLOCAMENTO DO POLO DE PODER PARA O JUDICIÁRIO E A CONSTITUIÇÃO COMO EXPRESSÃO MÁXIMA DOS VALORES ELEITOS POR UMA DETERMINADA SOCIEDADE

A história nos conta que a conquista de direitos foi alcançada por meio de inúmeras reivindicações, através do derramamento de sangue, sendo que foi quando a sociedade alcançou condições materiais específicas, conjugando-se estas com condições objetivas e subjetivas, as reivindicações e lutas surgiram³. Assim, quando as condições materiais surgiram, propiciaram manifestações reais contra o regime da monarquia absolutista – estagnado, petrificado, degenerado – instaurado no século XVIII⁴.

Assim, a Revolução Francesa, além de ser o marco final do regime feudal, marco de ascensão do Estado Liberal e berço do constitucionalismo, abriu espaço para a teoria do contrato social. Foi a partir de 1789 que se viu o Estado não mais criado por Deus, regido por uma ordem divina, mas um Estado que é resultado de um contrato, de um pacto, *um pacto firmado por homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e seus direitos*. Um Estado que é resultado de uma comunidade, que está a serviço dos interesses comuns dos indivíduos que pertencem a esta comunidade. Motivado por diversos interesses, entre eles os da burguesia, fundamentado por princípios do iluminismo racionalista e do antropocentrismo, surge o Estado Liberal, que, apesar de considerar o homem como sendo anterior à criação do Estado, é regido por dois princípios, estes fundamentais: o princípio da distribuição, que dispõe que a liberdade do homem é, via de regra, ilimitada, resultando na máxima que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e ao Estado, somente o que é permitido, a liberdade é a regra, e a intervenção a exceção – este resquício do direito natural –; e o princípio da organização, que dá origem a separação dos poderes – teoria dos freios e contrapesos. É com o princípio da organização que o Estado passa a ter competências e atribuições

³ Acerca destas condições, ver: COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 173.

delimitadas, deixando de agir *à margem da lei* (quando manifestava a vontade do próprio soberano/monarca) para agir *submetido* a ela⁵.

Assim, se estabelece ao Estado e aos cidadãos a supremacia da lei – o princípio da legalidade –, reduzindo-se o direito tão somente à lei – positivismo jurídico –, excluindo-se as demais fontes (costume, a tradição, etc.) como direito. Direito é o que está previsto na lei, isso porque, sem essa positivação, *os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito*⁶⁻⁷. É precisamente nessa época histórica que o direito abandona sua preocupação filosófica com os ideais da justiça e passa a se preocupar tão somente em estabelecer autorizações e permissões – o que é permitido e o que é proibido. O Estado torna-se positivista.

O direito passa a ter o objetivo central da pacificação social, e não mais o que é ou não justo. Surgem as características da abstração e a generalidade, para não prejudicar nem beneficiar determinadas pessoas, classes, como ocorria no regime feudal. Assim, a soberania do monarca – Estado Absolutista – é substituída pela soberania da lei – Estado Liberal –, soberania esta que é apoiada e sustentada pela soberania da nação, representada por uma Assembleia (Poder Legislativo)⁸. Tendo por objetivo a pacificação social, o direito passa a ser concebido como um conjunto de práticas sociais, culturais, institucionais e simbólicas, que se levantam e reagem contra os atos excessivos do poder⁹. O objetivo de tal direito era acabar com a ordem excludente existente no regime feudal, sendo que a lei iria consolidar essa conquista. No entanto, para

⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Livraria Almedina, 2002. p. 375.

⁷ Böckenförde relata que todos os princípios que são essenciais para esse Estado de Direito estão inseridos institucionalmente na lei, sendo que esta obriga juridicamente as ações da Administração Pública, que atua de forma vinculada e limitada (princípio da legalidade). A ideia que se buscava era aquilo que ainda se faltava alcançar, a inviolabilidade e a primazia da lei também contra a ação da Administração (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrir: Trotta, 2000. p. 24).

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13-16.

⁹ SÁNCHEZ RUBIO, David. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. p. 17.

vincular o Estado a essa lei, é necessário criar-se um *status* diferenciado, um *status* que ultrapasse o âmbito legal tradicional, surgindo, assim, o *status* de lei constitucional. Assim, a Constituição ganha sua caráter hierárquico superior às demais normas legais. Quando da Revolução Francesa, o Judiciário tinha um papel tímido, sendo que o juiz era proibido de interpretar a lei, sendo que lhe cabia a tarefa de tão somente aplicar a norma ao caso concreto (conforme a Escola do Empirismo Exegético). Como é o Judiciário o aplicador da lei, cabe a ele também aplicar a Constituição (controle silogístico), velando pela sua prevalência em face das demais leis ordinárias. Nesse modelo privilegiava-se a vontade do legislador (papel volitivo), sendo que ao Judiciário cabe aplicar a lei (papel cognitivo), não existindo violação com relação à separação de poderes em razão da neutralidade jurisdicional. Essa posição só se alterou no começo do século XX, em razão das intensas discussões com relação à competência para o controle e para a preservação da Constituição, transformações que se operaram com relação à Constituição no constitucionalismo social, isso porque no pós-Revolução havia muita desconfiança em relação ao Judiciário, pois se supervalorizava a lei¹⁰⁻¹¹.

Esse entendimento perdurou com alguns avanços e retrocessos até a Segunda Guerra Mundial, quando as atrocidades praticadas pelo nazismo e pelo fascismo resultaram em um novo apelo e fortalecimento da noção de dignidade da pessoa humana, direitos humanos, etc. Os países mais afetados pelos conflitos e regimes totalitários, como, por exemplo, a Alemanha, Itália e Espanha, tornam-se marcos referenciais de direitos humanos, jurisdições constitucionais atuantes e densas, etc.¹². Passa-se a se estender o texto constitucional, atingindo maiores

¹⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27.

¹¹ O autor menciona que a Constituição, como a temos hoje – caráter universal assumido, documento jurídico de organização do poder – é uma invenção moderna, isso porque o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se desenvolveram na perspectiva do Estado.

¹² É no pós-guerra de 1919 que a justiça constitucional começa a ter espaço na Europa. Schmitt e Kelsen debatem no sentido de determinar a quem caberia a competência para zelar pela Constituição. Para Schmitt, seria o *Führer do Reich*, pois o chefe do Executivo, já que eleito pelo povo, expressaria a vontade da maioria e estaria mais qualificado para ser o defensor da Constituição do que os tribunais formados por magistrados que não teriam as condições necessárias para manutenção da unidade do sistema político e jurídico. Kelsen, por sua vez, entende que a política estava presente em toda a sentença proferida pelos magistrados, sendo, assim, um exercício de poder. Defendia a existência de um órgão específico encarregado da Constituição; assim, esse órgão possuía como tarefa a preservação da Constituição. Surgem, na Europa assim, os Tribunais Constitucionais (controle concentrado), que

parcelas da ordem jurídica, esta agora abarcada pela Constituição e sua base principiológica. As normas constitucionais passam a ser referenciais de valor e diretivas, dando uma nova dimensão às normas. Começa a se construir a ideia da dupla dimensão dos direitos fundamentais (dimensão objetiva e subjetiva)¹³.

Foi a tradição americana do controle de constitucionalidade que contribuiu para fazer desaparecer a soberania do órgão legislativo ordinário, isso porque *não pode ser soberano um corpo criador de direito que está subordinado a outro corpo criador de direito*¹⁴. No contexto dos Estados Unidos, houve desconfiança em relação à lei e às assembleias, em razão de uma possível neutralização de direitos naturais;

não realizavam uma apreciação do conteúdo da lei e sua compatibilidade com a norma constitucional (legislador negativo), mas sim uma verdadeira jurisdição. No entanto, em razão dos arbitrios realizados pelo legislador no período de guerras, que se valeu da lei como um instrumento para prática de injustiças, esse controle de constitucionalidade foi adquirindo e incorporando novas dimensões. Após a Segunda Guerra Mundial, alguns países europeus que vivenciaram na falha na proteção de seus direitos, optaram pela instituição de Cortes Constitucionais centralizadas e cuja responsabilidade era assegurar a garantia dos direitos constitucionalmente garantidos. Essa experiência forçou os Tribunais Constitucionais a preservar os valores previstos no texto constitucional e a concretização dos direitos fundamentais, valendo-se da ideia do legislador negativo de Kelsen, analisando o problema (puramente abstrato) da compatibilidade entre a lei e a Constituição (Idem, 42-49).

¹³ O marco para concepção dessa dupla dimensão dos direitos fundamentais foi a decisão do Caso Lüth-Urteil, datada de janeiro de 1958, em que questionou-se até que ponto as leis civis devem respeitar os direitos fundamentais. A lide era em razão da legalidade ou não do boicote a um filme, considerado antisemita, enquanto manifestação da liberdade de expressão, pois os produtores do filme processaram Lüth por perdas e danos em decorrência desse boicote. Em primeira instância, os produtores foram exitosos sob a alegação de que a incitação ao boicote violava a moral e os bons costumes estabelecidos pelo Código Civil. No entanto, a instância superior reverteu o julgado, pois entendeu que houve violação ao princípio fundamental à liberdade de expressão, em razão de que os direitos fundamentais são direitos de defesa, mas também possuem uma ordem histórica e principiológica de valores, que fornece princípios objetivos para pautar a vida em sociedade. Em cada caso concreto, o juiz deve testar a força da constituição e determinar até que ponto a lei deve ser influenciada e limitada por essa esfera valorativa, ou seja, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais. Assim, todos os ramos do Direito (civil, penal, etc.), por mais que possuam autonomia, são influenciados pela Constituição, o que permite certo aperfeiçoamento da legislação e da própria ordem jurídica como um todo. Ao adotar uma compreensão valorativa extraída da Constituição, o Tribunal alemão abre espaço para questões como ponderação e proporcionalidade, que passam a ser instrumentos frequentes e necessários para operacionalização do sistema aberto (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64-65). Sobre o assunto, ver: SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Trad. Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 381-395.

¹⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20.

assim, coube ao Judiciário, a partir da Constituição, salvaguardar os direitos do indivíduo, o que deu origem ao ativismo judicial. Sendo assim, todo juiz estava apto a afastar a aplicação de uma lei (ato do legislativo) que fosse contrário à Constituição.

O Estado não é mais um mero expectador, como era na era Liberal, mas deve, agora na era Social¹⁵, intervir mais diretamente nas questões de cunho social, abandonando sua neutralidade e apoliticidade e assumindo a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social, a fim de impedir a desigualdade de fato. Assim, Estado e sociedade aproximam-se com a criação de uma relação de interdependência, que, em razão da feição intervencionista do Estado, fazem-se necessárias alterações no papel do Estado e do Direito¹⁶, deslocando-se o polo de Poder do Legislativo (Estado Liberal) para o Poder Executivo. Em razão de sua constante e necessária intervenção, esse modelo de Estado entra em crise, dando lugar ao Estado Democrático de Direito, em que a Constituição acaba assumindo uma função de interpretação principiológica aberta, bem como um

¹⁵ Böckenförde menciona que foi após 1945 que houve a reinvenção do pensamento alemão sobre o Estado e sobre a Constituição: a passagem de um Estado formal de Direito para um verdadeiramente material de Direito, de um Estado de Direito em sentido liberal para um Estado Social de Direito (Estado da razão, do entendimento – segundo Welker). O Estado de Direito possuiria os seguintes aspectos: 1) o Estado é uma criação da comunidade (*res publica*) que está ao serviço e interesse da comunidade, dos indivíduos, da vida terrena, não sendo uma criação divina, por isso se afasta de suas competências a religião e a ética; 2) limitação dos objetivos e tarefas do Estado a tão somente liberdade e propriedade; 3) regulação do Estado e de sua atividade por princípios racionais (liberdade civil, igualdade jurídica, garantia da propriedade, governo responsável, representação popular, etc.) (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrir: Trotta, 2000. p. 19-20).

¹⁶ Böckenförde menciona que houve uma redefinição de Estado, havendo a substituição do Estado de Direito liberal (burguês) pelo Estado Social de Direito, e também a mudança do conceito de Estado de Direito formal para um conceito material, que resultou em uma densa legislação em matéria de igualdade, normas sobre pensões e seguridade social, reforma da legislação da assistência social, etc. Assim, a estrutura constitucional tradicional do Estado de Direito acaba se diluindo, e se inicia uma verdadeira tensão em relação ao sentido fundamental que tem a garantia da liberdade no conceito original do Estado de Direito, isso porque as garantias e os procedimentos são o que amparam e protegem a liberdade individual e social, sendo um meio de defesa contra ataques, como verdadeiras instituições da liberdade que tem pouco a ver com o formalismo positivista. Pode-se observar que, independente das diversas formas que se interpreta o Estado de Direito, o mesmo se caracteriza pelo seu afastamento do domínio político, buscando limitar e restringir o poder e o domínio do Estado (princípio da legalidade) em favor da liberdade individual e buscando realizar o direito material (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrir: Trotta, 2000. p. 34-45).

aumento da intensidade dada à ideia dos direitos humanos e fundamentais, bem como da noção de dignidade da pessoa humana¹⁷.

Na lição que tiramos de Lenio Luiz Streck e de José Luis Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo para transformar a realidade, ou seja, ele não se restringe a uma adaptação melhorada das condições sociais existentes, ele tem como característica ultrapassar além da formulação do Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito¹⁸.

Podemos perceber que, desde os modelos de Estado Liberal e Social, alguns fatos foram necessários para chegar-se a atual ideia de Estado Democrático de Direito¹⁹, sendo necessário o surgimento de novos conteúdos e modificações no próprio conteúdo do Direito para chegarmos ao Estado Democrático de Direito que temos hoje, isso porque

procurou-se então um compromisso entre as posições liberalizantes e socializantes do Estado. Este compromisso foi possível pela clara afirmação do princípio democrático, onde cada corrente poderia buscar, no debate político interno, o apoio popular para a implantação de programas liberais ou sociais de governo [...]. Assim, a concretização do Estado de Direito pressupõe a realização de certos princípios constitucionais, tais como o princípio da juridicidade, da constitucionalidade, da separação dos poderes, dos direitos fundamentais, e, no contexto do Estado democrático de Direito, o princípio democrático.²⁰

¹⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39-40.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93-94.

¹⁹ Acerca destes, ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988; CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPER/FAPERJ, 2002.

²⁰ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, p. 144-145, jan./mar. 1998.

Foi a partir do entendimento de que a Constituição não é somente uma soma de direitos e normas organizatórias, mas um todo de unidade e sentido, que se percebe que, para se harmonizar direitos fundamentais, há a necessidade de se limitar alguns desses direitos. Para tanto, se estabelece que esses direitos são restringíveis por meio de outros direitos ou em face de princípios opostos, mas também porque sua própria natureza é limitada. Como em uma eventual lide, a decisão se faz necessária para resolução do conflito, que não deve permanecer indefinidamente em aberto: se criam instâncias estruturadas e competentes para a tomada dessas decisões. É na necessidade de eleger a melhor forma de se realizar o direito que a prerrogativa de atuação criativa do Tribunal Constitucional que faz com que a discricionariedade, antes destinada somente ao legislador, seja estendida para o âmbito jurisdicional. Para realizar sua tarefa de preservar a Constituição, o Tribunal muitas vezes ultrapassa os limites de sua atuação e acaba se fazendo às vezes de um legislador positivo (como ocorre nas sentenças manipulativas), manipulando diretamente a lei, seja no sentido substitutivo, aditivo ou redutivo, alterando ou adicionando o texto legal. Assim, o Tribunal acaba interferindo não somente no conteúdo da norma, por meio da interpretação, mas também no texto normativo propriamente dito, da qual a prerrogativa seria do legislador²¹. Em uma ordem democrática assentada no predomínio dos direitos fundamentais, o que se percebe é um agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição, o que gera muitas críticas, principalmente no quesito de legitimidade e da falta de representatividade popular.

[...] a Corte Constitucional respectiva detém o monopólio de precisar o significado do poder constituinte por meio de sua atividade de controle da constitucionalidade, equiparando-se, assim, em última instância, ao próprio poder constituinte.²²

Com a necessidade de concretização dos direitos previstos na Carta Magna, a Constituição passa a depender de mecanismos que visem a assegurar as condições de possibilidade para a implementação do

²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 71-86.

²² *Idem*, p. 91.

Texto Constitucional²³. Ocorre um novo deslocamento do polo de poder, desta vez para o Judiciário. Assim, o acesso à justiça assume um papel fundamental para essa nova ordem. É a partir daí que a Constituição passa a ser entendida como uma expressão máxima dos valores eleitos por determinada sociedade, e não mais tão somente como um instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado (período liberal clássico) ou como um mecanismo de direção política (período social).²⁴

2 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: O CASO ARAGUAIA E A JURISDIÇÃO²⁵ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como bem salienta Leal, a jurisdição constitucional ganhou um espaço de destaque no contexto do Estado Constitucional, uma vez que é garantidora da própria Constituição e dos direitos fundamentais. Porém, quando os Tribunais Constitucionais exercem suas competências, muitas vezes acabam sendo questionados em razão da legitimidade de sua atuação, bem como acerca de seus limites de atuação. Com a necessidade de uma postura mais ativa e intervencionista por parte dos Tribunais Constitucionais, esses acabam ultrapassando a sua função de controle *negativo*, surgindo o fenômeno do ativismo judicial²⁶, o que levanta diversas dúvidas quanto à legitimidade dessa

²³ Moraes menciona que “a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3). A concepção francesa da necessidade de recepção pela lei dos direitos humanos diferente substancialmente da tradição americana, que instituiu, em razão de serem anteriores à criação do Estado, primazia desses direitos, por serem considerados fundamentos da nova ordem.

²⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29-31.

²⁵ Leia-se, também, ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁶ Ativismo judicial e judicialização não se confundem. A judicialização é resultado de todo um processo histórico típico do constitucionalismo democrático que tem por base vários fatores, tais como: centralidade da Constituição como força normativa, caráter principiológico da Constituição e dimensão

atuação, bem como sobre a possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes²⁷.

O processo de concretização da Constituição depende da atuação da comunidade no controle das omissões do Poder Público, sendo o Poder Judiciário o regente republicano das liberdades positivas. Assim, não se pode falar em incompatibilidade entre a ação do Judiciário e o regime político democrático e não há o que se falar em falta de legitimidade do Judiciário. As Constituições Democráticas atuais exigem dos intérpretes uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que integram as cartas; no entanto, essa hermenêutica constitucional não coloca em risco a separação dos poderes, por mais que o Judiciário possa ultrapassar o direito escrito²⁸.

Quando tratamos dos Tribunais Internacionais, tal discussão também é travada, e, ainda mais, inclui-se na discussão a questão da soberania dos Estados, tanto interna como externamente. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e com sucessivas cartas constitucionais, houve uma limitação desse conceito interno de soberania, mudando-se a forma do Estado. A própria divisão dos poderes, o princípio da legalidade e a concretização dos direitos fundamentais são limitações/negações dessa “soberania” interna. Na ordem internacional, essa limitação da soberania ocorre com o surgimento de organizações e tratados internacionais, que geram uma verdadeira ordem supranacional. Assim, a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos – na ordem externa – tem por função vincular e restringir a espera da soberania interna, consolidando o Estado de Direito, a Constituição e os Tribunais Constitucionais. Com a necessária proteção dos direitos humanos, também surge a judicialização na esfera internacional. Nessa perspectiva, a figura

objetiva dos direitos fundamentais. Em decorrência disso, houve a ascensão do Poder Judiciário como protagonista principal dessa nova realidade, fazendo com que o direito seja concretizado por meio da atuação dos magistrados. O ativismo judicial, por sua vez, tem fundamentos distintos, sendo que sua atuação está mais vinculada à ordem interna, ao desempenho das competências do Poder Judiciário. Assim, com necessidade de uma postura mais ativa e intervencionista, a fim de se concretizar os direitos fundamentais, os Tribunais acabam por extrapolar os limites de competência fixados na Constituição, intervindo na esfera de competência dos outros poderes (LEAL, Mônia Clarissa Henning. La inducción de políticas públicas por los Tribunales Constitucionales y por los Tribunales Internacionales: judicialización x activismo judicial. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 12, 2012. p. 34-39).

²⁷ Idem, p. 35.

²⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPER/FAPERJ, 2002. p. 23-38.

do ativismo também pode ser aplicável às Cortes Internacionais. O problema reside na grande abertura do termo ativismo, que é relativo e variável, uma verdadeira atividade interpretativa. No entanto, os Tribunais devem contribuir para a democracia, e, por mais que esses limites não estejam claros, devem estar sempre abertos à discussão²⁹⁻³⁰.

O caso que trouxemos para o debate, *Lunde e outros vs. Brasil*, mais conhecido como o Caso Araguaia, também suscitou dúvidas quanto à legitimidade e aos limites da atuação do Tribunal Internacional. O Caso Araguaia diz respeito à atribuição de responsabilidade do Brasil em razão dos fatos ocorridos durante os anos de 1972 a 1975, quando, sob o comando do governo militar brasileiro, as Forças Armadas realizaram uma série de operações militares com o objetivo de erradicar a denominada Guerrilha do Araguaia. Essas operações foram realizadas na região mais ao sul do Estado do Pará, na divisa com os Estados do Maranhão e de Tocantins, sendo que foi durante as operações que agentes públicos e privados foram autores de graves violações de direitos humanos – como detenções ilegais e arbitrárias, torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados –, as quais estavam direcionadas a um sistema de repressão política.

Em razão da inércia estatal para tratar do assunto, em razão que na época perdurava o segredo de Estado e a sonegação de informações – em razão da segurança nacional –, em 1982, vinte e dois familiares representando vinte e cinco desaparecidos políticos nessa guerrilha interpuseram uma ação ordinária perante a Justiça Federal brasileira, exigindo, basicamente: a) a localização e o traslado dos restos mortais de seus entes queridos; b) a entrega de informação oficial sobre as circunstâncias de seus desaparecimentos.

²⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning. La inducción de políticas públicas por los Tribunales Constitucionales y por los Tribunales Internacionales: judicialización x activismo judicial. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 12, 2012. p. 42-45.

³⁰ O autor menciona, ainda, que a ideia de soberania está ligada a uma ideia de supremacia, de superioridade, ideia esta vinculada às monarquias absolutistas. Contudo, em razão dos processos de secularização e absolutização, que envolvem as dimensões interna e externa da soberania, cai todo e qualquer limite à soberania estatal, compondo a ideia de Estado moderno como pessoa artificial, fonte exclusiva de direito e livre do direito. Internamente, houve uma monopolização da força/poder, e, na ordem externa, uma descentralização (horizontalidade de relações com Estados soberanos e iguais). Internamente, “*quien goza del poder soberano es detentor del derecho a ejercer legítimamente el mando supremo, la autoridad final*” (p. 40). Externamente, “*la inexistência de cualquier poder políticamente superior al del Estado*” (p. 40). Respeitam-se as diferenças e a autonomia de cada sujeito internacional. O principal escopo é, assim, garantir a não intervenção.

Treze anos foram passados da propositura da ação na Justiça Federal brasileira, e, em razão da injustificada demora da lide, falta de diligências, entre outros, os familiares dos desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia enviaram denúncia internacional contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), neste ato, representados pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional, pelo Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos de São Paulo.

Em 1996, quando a Comissão sugeriu a realização de uma solução amistosa entre as partes, o Estado brasileiro recusou-se a negociar. Posteriormente a essa recusa, foi realizada, entre 1997 a 2001³¹, audiência em Washington, em que os representantes e familiares das vítimas da guerrilha subsidiaram a Comissão com informações e documentos que motivaram a aceitação/admissão do caso em 2001³². Sete anos depois da aceitação, a Comissão analisou o mérito do caso e emitiu seu relatório, que foi aprovado em 31 de outubro de 2008, o qual

³¹ Foi em 10 de dezembro de 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quando da assinatura do Tratado Internacional, tal competência só era reconhecida para fatos posteriores ao reconhecimento, sendo que a Corte não teria competência para exercer o contencioso quando os fatos alegados ou a conduta atribuída ao Estado fossem anteriores aquele reconhecimento – princípio da irretroatividade. No entanto, observando o quadro de ratificações da Convenção contra a tortura ou outros tratamentos, penas cruéis, inumanos e degradantes, a Corte Interamericana tem estabelecido que “os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional, isto porque 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 permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. Em face disto, a Corte tem se dado por competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelos países firmatários da Convenção e da sua jurisdição” (LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 181).

³² Para a tomada de decisão de aceitação ou não da denúncia contra o Estado brasileiro, a Corte, em sua decisão, o fez com base em premissas consolidadas em sua jurisdição e também pelo Direito Internacional: “a) que a partir e além da Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas, há quatro pilares do ordenamento jurídico internacional moderno, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Penal Internacional, e Direito Internacional dos Refugiados; b) destes pilares se extraem normas e princípios vinculantes a todos os Estados-membros que ratificaram/incorporaram em seus sistemas jurídicos tais dispositivos; c) tais normas e princípios também definem as fronteiras normativas de participação das Nações Unidas, como por exemplo, “os tribunais das Nações Unidas jamais podem permitir a pena de morte; os acordos de paz endossados pelas Nações Unidas jamais podem permitir a anistia para crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes de lesa humanidade ou graves violações dos direitos humanos” (Idem, p. 184).

determinou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelos crimes ocorridos na Guerrilha do Araguaia. Afirmou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979) – lei que extinguiu a punibilidade dos agentes públicos que praticaram crimes políticos e comuns – viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porque impede a investigação dos fatos e a atribuição de responsabilidade dos perpetradores de violações de direitos humanos, bem como que as medidas administrativas e legislativas adotadas pelo Brasil restringiram indevidamente o acesso à informação de tais familiares. Por fim, a Comissão determinou que o Estado brasileiro violou a integridade – física e psicológica – dos familiares das vítimas, tanto pelos desaparecimentos forçados quanto pela impunidade dos agentes, falta de justiça e falta de informação. Ao final do documento, a CIDH teceu recomendações ao Estado brasileiro, atribuindo o prazo de dois meses para cumpri-las. As recomendações versaram basicamente sobre seis aspectos:

- 1) O Estado brasileiro deveria providenciar a abertura de todos os arquivos das Forças Armadas; 2) O estabelecimento do Dia do Desaparecimento Político; 3) Realizar um ato formal de reconhecimento da responsabilidade pelos fatos, a entrega dos restos mortais aos familiares para a realização de um enterro digno; 4) a construção da memória política (obra ou monumento em homenagem aos mortos e desaparecidos do Araguaia); 5) o pagamento de reparação econômica pelos lucros cessantes, danos morais e gastos nestes 30 anos de buscas; 6) e a punição dos responsáveis pelos assassinatos.

Como o Brasil não cumpriu as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, a própria Comissão enviou o caso para ser processado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 25 de março de 2009. Em 24 de novembro de 2010, ou seja, vinte e oito anos depois da propositura da ação na justiça brasileira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu o feito, declarando que:

- 1) As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de

- outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil;
- 2) O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no § 125 da Sentença, em conformidade com o exposto nos §§ 101 a 125 de seu comando;
 - 3) O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos as garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas executadas, indicados nos §§ 180 e 181, da Sentença, nos termos dos §§ 137 a 182 da mesma;
 - 4) O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos §§ 212, 213 e 225, da Sentença, em conformidade com o exposto nos §§ 196 a 225 desta mesma decisão;
 - 5) O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento,

em prejuízo dos familiares indicados nos §§ 243 e 244 desta mesma decisão.³³

Em face desse reconhecimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou aos termos pontuais da decisão, a qual atribuiu a responsabilidade pelos fatos cometidos pelo Estado brasileiro, atribuindo-lhe obrigações concretas³⁴. Na decisão se manifesta a ideia de justiça transacional, conselho deixado pela ONU,

³³ Idem, p. 185-186.

Sobre o assunto, ver a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Caso Araguaia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

³⁴ As obrigações atribuídas pela Corte ao Estado brasileiro foram atribuídas nos seguintes termos:

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e conseqüências que a lei prevede, em conformidade com o estabelecido nos §§ 256 e 257 da Sentença;

O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos §§ 261 a 263 da Sentença;

O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos §§ 267 a 269 da Sentença;

O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no § 273 da Sentença;

O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no § 277 da Sentença;

O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no § 283 da Sentença;

O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no § 287 da Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno;

O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantido o acesso a mesma nos termos do § 292 da Sentença;

O Estado deve pagar as quantias fixadas nos §§ 304, 311 e 318 da Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos §§ 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 da Sentença;

A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade e ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma;

para que se superasse períodos de exceção, em que, via de regra, inúmeras violações a direitos humanos são realizadas. É de entendimento dos Tribunais Internacionais, em razão desse conselho, que todos os países que passaram por regimes de exceção devem implementar medidas e políticas públicas que se fundam na ideia de justiça transicional, na tentativa de evitar que tais regimes se repitam no futuro, bem como para consolidar o Estado Democrático de Direito.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO E DA JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA: A JUSTIÇA TRANSACIONAL NO BRASIL E SEU PRIMEIRO PASSO, A COMISSÃO DA VERDADE

Uma das formas para se abordar as violações de direitos durante regimes de exceção, segundo a ONU, é por meio da Justiça Transacional³⁵, Justiça de Transição. Essa Justiça tem por finalidade investigar os fatos durante o regime de exceção, levantando o maior número de informações, buscar a verdade dos fatos ocorridos³⁶, punir os perpetradores de violações a direitos, e, por fim, criar espaços de memória, punindo seus perpetradores e estabelecendo espaços de memória. No dizer de Leal:

Dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deverá apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

(LEAL, Rogério Gesta. Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 186-187)

Sobre o assunto, ver a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Caso Araguaia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

³⁵ Nos dizeres de Teitel, “*la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia*” (TEITEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>. Acesso em: 27 nov. 2012, p. 10).

³⁶ A verdade a que nos referimos é a narração dos fatos como ocorreram, e não aquela verdade “[...] escrita pelos vitoriosos” (FRANCIS, Paulo. *O Brasil no mundo: uma análise política do autoritarismo desde as suas origens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986. p. 41). Buscar a verdade como o “[...] *derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas, y en la obligación de las partes en conflictos armados de buscar a los desaparecidos*” (NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. In: E/CN.4/2006/91, 09 de enero de 2006, 62º período de sesiones. Tema 17 del programa provisional, 2006. p. 4).

a) na revelação da verdade, mediante a abertura de arquivos do período e a criação de comissões da verdade imparciais; b) na responsabilização pessoal dos perpetrados de graves violações de direitos humanos, entendendo que a situação de impunidade é fator de inspiração e dá confiança a quem adota práticas violadoras de direitos; c) na reparação patrimonial dos danos às vítimas, através de indenizações financeiras; d) na reforma institucional dos serviços de segurança, expurgando de seus quadros quem propagava a teoria do período; e) na instituição de espaços de memória, para que as gerações futuras saibam que, no país, se praticou o terror em nome do Estado.³⁷

A Justiça de Transição vai além da reparação e punição dos responsáveis pelos atos de tortura, sequestro, desaparecimento e mortes, pois busca a verdade e resgata a memória, gerando políticas públicas com a necessária opinião pública, visto que está relacionada com perdão e reconciliação, com superação. O seu principal objetivo é o de resgatar a memória dos fatos que ocorreram no passado, buscando-se a verdade e justiça, resgatando-se a memória perdida, por meio das chamadas *Comissões da Verdade*, que são um mecanismo oficial autorizado pelo Governo para investigar, documentar e tornar público todos os abusos de direitos perpetrados no País durante um período específico no tempo³⁸, que, no caso do Brasil, se estende de 1964 a 1985.

Utilizado pela primeira vez com a nomenclatura de Comissão da Verdade, na década de 80 na Argentina a Comissão da Verdade foi batizada de Comissão Nacional para a Investigação sobre o Desaparecimento de Pessoas (Conadep) e tinha como objetivo a investigação das violações ocorridas no período de 1976 a 1983, que resultou em um documento nominado de *Nunca Mas*, que contém todas as informações geradas por esta comissão, e, assim, foi por meio desse documento que a população argentina passou a conhecer sua própria história³⁹.

³⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 188.

³⁸ TEITEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>. Acesso em: 27 nov. 2012, p. 11.

³⁹ CONADEP – Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Nunca Más*. 6. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003. p. 125.

No Brasil já existia uma comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos, que era constituída por familiares e advogados das famílias das vítimas, que buscavam resgatar as memórias e a verdade sobre os fatos ocorridos, pois o País ainda não contava com uma “Comissão da Verdade”.

No caso brasileiro, a ideia de Comissão da Verdade, e toda a ideia de Justiça Transacional, começou a se desenvolver após a notificação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos do Relatório que decidiu sobre o Caso Lund e outros *vs.* Brasil – mais conhecido como Caso Araguaia. Entre as várias recomendações ao Estado brasileiro, estava entre elas à sugestão da implementação de uma Comissão da Verdade, que poderia *contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade*⁴⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando a Constituição passa a ser entendida como uma expressão máxima dos valores eleitos por uma determinada sociedade, o polo de poder passa ao Judiciário, que tem a função de concretizar esses valores. Por esta razão que o acesso à justiça assume um papel fundamental para o Estado Constitucional, que passa a exigir uma postura mais ativa e intervencionista por parte dos Tribunais Constitucionais, levantando questionamentos acerca da legitimidade e dos limites da atuação da jurisdição constitucional.

Uma vez que o Tribunal possua legitimidade de atuação, o mesmo deve se pronunciar sobre o caso, uma vez que a questão não pode ficar sem uma decisão para sempre. No entanto, não é somente na ordem interna que se questiona acerca da legitimidade de atuação dos Tribunais, bem como os limites dessa atuação. O mesmo problema é enfrentado pelos Tribunais Internacionais. A legitimidade e os limites de atuação dos Tribunais Constitucionais – no presente caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos – também são questionados, como o foi no Caso Araguaia (Lund e outros *vs.* Brasil) – que diz respeito à atribuição de responsabilidade do Brasil em razão dos fatos ocorridos durante os anos de 1972 a 1975, ou seja, durante o governo militar brasileiro.

⁴⁰ BALDI, Cesar Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: SILVA, Ivan. L. M.; NEIRA, Karina F. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

Passados vinte e oito anos da propositura da ação na Justiça Federal brasileira, o Caso Araguaia tem seu “fim”. Inquestionável foi a participação do Tribunal Internacional para a solução dessa lide que permaneceria durante muitos anos estagnada na Justiça brasileira. Passados dez anos do advento da nova ordem constitucional no Brasil, foi somente em 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Mesmo atribuindo responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelos crimes ocorridos na Guerrilha do Araguaia e tecendo algumas recomendações, o Estado brasileiro não cumpriu as recomendações realizadas pela Comissão da Corte, o que levou o caso a ser processado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2009.

Em 2009, a Corte atribuiu a responsabilidade pelos fatos cometidos pelo Estado brasileiro, atribuindo-lhe obrigações concretas, a fim de que se evite que esses atos se repitam no futuro. No Brasil, por se tratar de atos realizados em nome do Regime Militar e evitar a quebra do Estado Democrático de Direito no futuro, foi proposta a implementação de medidas e políticas públicas que se fundam na ideia de Justiça Transicional.

No Brasil, a Justiça Transicional começa a ser trabalhada vinte e seis anos depois do fim do golpe militar brasileiro, por influência da recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em sua manifestação, decidiu sobre o Caso Araguaia. A Justiça de Transição só começou a ser pensada no Brasil após a notificação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto Brasil nunca mais: o regime militar*. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, t. I, 1985.

BALDI, Cesar Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: SILVA, Ivan. L. M.; NEIRA, Karina F. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrir: Trotta, 2000.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.528/2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 28 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Ministro Relator Eros Grau, Julgada em: 29.04.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 ago. 2012.

BRAUN, Cláudio Damião. “Todos contra o PTB”: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006. p. 28. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/memorial/LinkClick.aspx?fileticket=iTQJhLVdf28%3D&tabid=5297>>. Acesso em: 9 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Livraria Almedina, 2002.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPER/FAPERJ, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONADEP – Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Nunca Más*. 6. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORIN, José Luiz. *O regime de 1964: discurso e ideologia*. São Paulo: Atual, 1988.

FRANCIS, Paulo. *O Brasil no mundo: uma análise política do autoritarismo desde as suas origens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, aplicar*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. La inducción de polticias públicas por los Tribunales Constitucionales y por los Tribunales Internacionales: judicialización x activismo judicial. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. *Direitos sociais e políticas públicas.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 12, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos Direitos Fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, jan./mar. 1998.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, n. 58, nov. 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NACIONES UNIDAS. Comisión de derechos humanos. Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. In: *E/CN.4/2006/91*, 09 de enero de 2006, 62º período de sesiones. Tema 17 del programa provisional, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo.* 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREBELLI, Matheus P.; SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público/privado: o comunitário e o público não estatal no Brasil. In: REIS, Jorge Renato dos; GESTA LEAL, Rogério (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.* 11. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Fazendo e desfazendo direitos humanos.* 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWAB, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Trad. Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEITEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 05.05.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 03.10.2016 (Avaliador D)

Avaliado em: 06.09.2016 (Avaliador E)

Aceito em: 02.01.2017