

# **O RECONHECIMENTO DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

## **THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO TRUTH AND TO THE MEMORY AS A FUNDAMENTAL RIGHT IMPLICIT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

**Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos**

### **RESUMO**

No atual cenário político-jurídico brasileiro, aumentaram-se as discussões em torno do direito à verdade e à memória, principalmente com a promulgação da Lei de Acesso à Informação Pública – Lei nº. 12.527/2011 e com a criação da Comissão Nacional da Verdade através da Lei nº. 12.528/2011. Entretanto, ainda são formulados diversos questionamentos acerca da sua fundamentalidade e conceituação. Assim, o presente artigo objetiva demonstrar, através da cláusula de abertura material do sistema constitucional, que o direito à verdade e à memória é um direito fundamental implícito, além de realizar um estudo sobre a justiça de transição, indicando os seus elementos caracterizadores, com especial destaque para o direito ao luto e para as funções do direito à verdade e à memória no processo transicional brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à verdade e à memória; Justiça de transição; Fundamentalidade; Direito fundamental implícito.

### **ABSTRACT**

In the current political-juridical Brazilian scenery, increased the discussions about the right to truth and to the memory, especially with the enactment of Law on Access to Public Information - Law no. 12.527/2011 and the creation of the National Commission of Truth by the Law no. 12.528/2011. However, several questions are still formulated about its fundamentality and conceptualization. Thus, this essay aims to demonstrate, through the material opening clause of the constitutional system, that the right to truth and to the memory is a fundamental right implicit, besides to conduct a study on transitional justice, indicating its characteristic elements, with particular emphasis on the right to bereavement and for the functions of the right to truth and to the memory in the transitional process in Brazil.

**KEYWORDS:** The right to truth and to the memory; Transitional justice; Fundamentality; Fundamental right implicit.

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito à verdade é o direito fundamental a ser exercido por todo e qualquer cidadão de receber e ter acesso às informações de interesse público que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas. Nos períodos de transição política, esse direito torna-se mais evidente, uma vez que é dever estatal revelar e esclarecer às vítimas, aos familiares e à sociedade as informações de interesse coletivo sobre os fatos históricos e as circunstâncias

relativas às graves violações de direitos humanos praticadas nos regimes de exceção. É a chamada verdade histórica.

O direito à memória, por seu turno, é o direito fundamental de acesso, utilização, conservação e transmissão do passado e dos bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio cultural de determinada coletividade, tendo em vista que a memória – enquanto evocação do passado – apresenta tanto uma dimensão individual, na medida em que cada indivíduo tem suas vivências, experiências e recordações íntimas e pessoais, como uma dimensão coletiva, haja vista que o compartilhamento da historicidade e cultura de um povo pertence a toda sociedade.

Acontece, contudo, que o direito à verdade e à memória não está enunciado, expressamente, no texto constitucional, de forma a necessitar um maior esforço hermenêutico, por parte do intérprete do direito e, até mesmo, do cidadão, para que a sua essência, significância e fundamentalidade sejam apreendidas. Com a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e ancorada na noção de fundamentalidade material e no princípio da dignidade da pessoa humana, foi possível o reconhecimento, no ordenamento jurídico pátrio, de direitos fundamentais não constitucionalizados, como os direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, dentre os quais se encontra o direito à verdade e à memória.

Neste contexto, considerando a crescente relevância que esse direito vem adquirindo na justiça de transição brasileira, em especial com a edição da Lei de Acesso à Informação Pública – Lei nº. 12.527/2011 e com a criação da Comissão Nacional da Verdade – Lei nº. 12.528/2011, o presente artigo objetiva reconhecê-lo como um direito fundamental implícito, por força da cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, além de ressaltar a sua importância na justiça de transição.

Para tanto, metodologicamente, considerando as particularidades do tema a ser desenvolvido, utilizou-se o método dedutivo, porquanto existem diretrizes a serem aceitas previamente como postulados, a partir das quais se procederá à análise da efetividade desse direito. Como componentes do marco teórico do presente estudo, elegeram-se os seguintes autores pós-positivistas: Inês Virgínia Prado, Ingo Wolfgang Sarlet, George Marmelstein e Flávia Piovesan, que, com valiosos ensinamentos no campo dos direitos humanos e direitos fundamentais, contribuíram para o desenvolvimento e aprimoramento deste trabalho. Ademais, considerando a vertente jurídico-dogmática, adotou-se uma pesquisa documental calcada na análise das principais legislações sobre o tema, além da consulta a tratados e

decisões proferidas em âmbito internacional, com especial destaque para o sistema regional interamericano, bem como a fontes jurisprudenciais e, principalmente, doutrinárias.

## **2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**

A justiça de transição, também denominada de justiça transicional ou reparadora, corresponde ao momento de passagem de um regime ditatorial a um regime democrático, marcado pela reparação dos abusos cometidos contra os direitos humanos, bem como pelo restabelecimento do Estado de Direito. É, em outras palavras, a transição política decorrente da transformação de um regime autoritário ou repressivo em um regime democrático ou eleito, ou a alteração de um período de conflito para a paz ou estabilidade.

A justiça de transição objetiva investigar a maneira pela qual as sociedades marcadas por passados de violações aos direitos humanos, atrocidades maciças ou diferentes formas de traumas sociais, incluindo crimes lesa-humanidade e guerras civis, realizaram a conversão para a democracia.<sup>1</sup>

Ressalta-se que, além dos regimes ditatoriais, os períodos de exceção ou as situações de anomalia constitucional também ensejam uma transição política.

Em semelhante sentido, André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra assinalam que:

Essa necessidade de prestar contas ao passado torna-se imperiosa como forma de pacificar a sociedade, permitindo que ela possa evoluir sem a constante recordação das feridas abertas no passado. Normalmente, ela tem início com a instalação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação, cujo objetivo principal é desvendar acontecimentos ocorridos no passado, restaurando a verdade dos fatos, indenizar aqueles que sofreram perseguições em virtude de suas convicções políticas e punir os que atentaram contra a dignidade da pessoa humana.<sup>2</sup>

A história moderna da justiça de transição tem origem no final da Segunda Guerra Mundial, com a instalação do Tribunal de Nuremberg, com o desenvolvimento de programas de desnazificação na Alemanha e com a elaboração de leis para compensar as vítimas do nazismo.<sup>3</sup> No entanto, as bases da justiça de transição ganharam mais coerência nos últimos vinte e cinco anos do século XX, especialmente com o início dos julgamentos de militares na Grécia, em 1975, e na Argentina, em 1983.<sup>4</sup> Dessa forma, releva examinar as principais características da justiça de transição.

No processo transicional, podem ser identificados alguns aspectos: primeiro, a natureza e duração do regime autocrático; segundo, as formas de transição política; terceiro, a duração do processo de transição; e, por fim, os pilares da justiça de transição.

Quanto à natureza do regime ditatorial, observa-se que esta pode ser endógena, ou seja, originada dentro do próprio país, ou exógena, se imposta por uma força estrangeira. Quanto às formas de transição, identificam-se quatro maneiras de resposta às graves violações aos direitos humanos: vingança, esquecimento, julgamento e conhecimento. A vingança é ocasionada, na maioria das vezes, pela inércia do Estado em dar uma resposta coletiva ou institucionalizada, ou quando esta é considerada insuficiente pelas vítimas e pela própria comunidade. Consoante entendimento de Roberto Lima Santos, enquanto sistema primitivo de justiça, a vingança é totalmente reprovável.<sup>5</sup>

A outra forma de transição é o esquecimento, que através de mecanismos como o ocultamento proposital dos fatos, a concessão abusiva de anistias, a fabricação do consenso e a busca da reconciliação nacional, ensejam uma redemocratização parcial, nebulosa e fortemente marcada por enclaves autoritários que teimam em permanecer no regime mesmo após a sua flexibilização. O principal instrumento para a consolidação desse modelo de transição política é a promulgação de leis de autoanistia, que além de legitimar a impunidade, inviabilizam a investigação das graves violações de direitos humanos. Outro importante mecanismo de concretização do esquecimento é o silêncio sobre os fatos conflitantes, que, por sua vez, se opera pelo ocultamento ou pela proibição do acesso à documentação.<sup>6</sup> Esta última, por impedir o alcance às informações de interesse público, compromete inexoravelmente o direito à verdade e à memória, conforme será abordado. A fabricação do consenso e a busca da reconciliação nacional também são outras formas de esquecimento, principalmente através do discurso de superação das ideologias e da idealização de um futuro promissor que nunca se concretiza.<sup>7</sup>

A transição através do julgamento é feita por órgãos judiciais ou quase-judiciais, que além de permitirem a responsabilização dos agentes estatais e conferirem publicidade aos procedimentos, aplacam as reivindicações das vítimas e da sociedade por justiça.<sup>8</sup> Viabiliza, ademais, que as futuras gerações tenham consciência dos fatos e acontecimentos relativos às graves violações aos direitos humanos, além de corresponder a uma importante ferramenta de construção da memória coletiva. A transição por julgamento foi verificada, *v.g.*, no Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, nos Tribunais da Argentina e do Chile e nos Tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda.<sup>9</sup>

A última forma de transição política é mediante o conhecimento e iluminação dos fatos, na qual se busca a investigação e a divulgação das violações de direitos humanos e das circunstâncias envolvidas, sem exigir que os Estados processem criminalmente os envolvidos.<sup>10</sup> As comissões da verdade são os principais mecanismos de investigação, cabendo citar, a título de exemplo, a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas – CONADEP, na Argentina, a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação, no Chile, e a Comissão de Reconciliação e Verdade, na África do Sul.

Pode ser observada, ainda, a duração do processo de transição política. Ela pode ser imediata, na medida em que são adotados mecanismos de restauração da democracia logo após o término do período autocrático, ou prolongada, quando o processo redemocratização começa imediatamente depois do período arbitrário, mas demanda certo tempo até que os trabalhos sejam concluídos. Já a transição postergada é aquela na qual as primeiras ações levam dez anos ou mais para iniciarem.<sup>11</sup> Por derradeiro, tendo em vista as obrigações estatais no referido processo, convém analisar os pilares da justiça de transição.

A justiça de transição engloba alguns pilares ou dimensões que refletem as obrigações do Estado no processo de transição política. Essas obrigações, por seu turno, encontram-se calcadas em quatro princípios básicos e indispensáveis ao contexto transicional, a saber: o princípio da verdade, compreendido tanto do ponto de vista histórico, através das comissões da verdade, quanto judicial, mediante a investigação das instituições; o princípio da justiça, que consiste na realização da justiça por intermédio da responsabilização dos violadores de direitos humanos; o princípio da reparação, materializado na reparação dos danos às vítimas; o princípio da não-repetição: inibição, pela valorização da verdade e da reparação, de novas violações de direitos humanos, cometidas sob influência da impunidade e cultura do segredo.<sup>12</sup>

A partir desses princípios podem ser extraídas as seguintes obrigações: a) revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade; b) investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; c) oferecer reparação adequada; d) afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício da lei e de outras posições de autoridade. Como consectários das obrigações assumidas pelo Estado na transição política, emergem quatro pilares ou dimensões fundamentais, quais sejam: a) verdade e memória; b) justiça; c) reparação; e d) reforma das instituições.

O pilar justiça reflete a obrigação estatal de investigar, processar e punir os responsáveis pelos abusos em matéria de direitos humanos. Ressalta-se que a acusação penal contra os perpetradores de crimes lesa-humanidade, sejam estes mandantes ou executores,

poderá ser feita por intermédio de processos judiciais no próprio país onde ocorreram as violações, no exterior, através de uma Corte ou Tribunal Internacional, ou em procedimentos híbridos.

O pilar reparação pressupõe a utilização de ferramentas para compensar os prejuízos causados às vítimas e aos familiares de mortos e desaparecidos políticos no período autocrático. As reparações podem ser individuais ou coletivas, além de materiais e simbólicas, como, por exemplo, indenizações, aposentadorias, medidas de reabilitação e reintegração ao serviço público para os afastados arbitrariamente, pedidos oficiais de desculpas, registro oficial das mortes e desaparecimentos, dentre outras medidas.

O pilar reforma das instituições implica em modificações institucionais, que incluam, *v.g.*, a depuração administrativa, isto é, “o processo de exclusão de pessoas dos cargos públicos sobre as quais se tem conhecimento da prática de abusos em matéria de direitos humanos ou participação em práticas de corrupção”.<sup>13</sup> Além do afastamento de agentes públicos que cometeram crimes durante o período arbitrário, o referido pilar relaciona-se com extinção de órgãos que violem o regime democrático, assim como com a criação de instituições que defendam a ordem jurídica, a democracia e os interesses da sociedade. As reformas no arcabouço legislativo advindo do regime ditatorial também integram esse pilar.<sup>14</sup> Finalmente, o pilar verdade e memória, objeto do presente trabalho monográfico, será analisado detalhadamente no próximo tópico.

Os pilares ou dimensões da justiça de transição podem ser cumpridos separadamente, mas não devem ser vistos como alternativos. Isso porque, para que a transição política seja completa, faz-se necessária a observância de todos eles. É possível citar, a título de exemplo, o modelo de transição pelo esquecimento, que, por desprezar a maioria dos pilares acima elencados, não apresenta um processo transicional completo. O modelo de transição pelo conhecimento carece, por exemplo, do pilar justiça. Nesse âmbito, para que a justiça de transição atinja sua plenitude, figura-se necessária a concretização dos seus quatro pilares, de forma separada ou conjunta, imediata ou postergada, independentemente do modelo de transição política adotada pelo país.

## 2.1 AS FUNÇÕES DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA NO CONTEXTO POLÍTICO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O pilar verdade e memória é de suma importância no contexto de redemocratização ou transição política, principalmente como forma de permitir o esclarecimento dos fatos

relativos às graves violações aos direitos humanos praticados pelos agentes estatais no período de exceção.

Desta forma, essa dimensão da justiça de transição está intimamente relacionada com o direito à verdade, que é direito fundamental de receber e ter acesso às informações de interesse público, bem como com o direito à memória, conceituado como o direito de acesso, utilização, conservação e transmissão dos bens culturais de determinada comunidade. Ressalta-se, no tocante ao direito à verdade, que quando as informações de interesse coletivo ou geral se relacionam com acontecimentos e circunstâncias históricas, opera-se a chamada “verdade histórica”. Quanto ao direito à memória, evidencia-se que o acesso aos documentos e monumentos históricos possibilita a revelação do passado e a efetivação desse direito.

Neste sentido, tendo em vista que a justiça de transição possui forte ligação com o direito à verdade e à memória, questiona-se: qual a importância desse direito na transição política? Quais os direitos que dele decorrem? Enfim, quais são as funções do direito à verdade e à memória na justiça de transição?

A partir do acesso às informações atinentes aos fatos históricos e aos crimes contra a humanidade praticados no regime autocrático, informações estas contidas em processos judiciais, em documentos públicos e privados e nos próprios arquivos do período ditatorial, propõem-se as seguintes funções do direito à verdade e à memória na justiça de transição: função social, função pedagógica e função histórica.

A função social está atrelada à necessidade de comprometimento estatal com a sociedade, tendo em vista que com o conhecimento do que de fato aconteceu, torna-se possível dar uma resposta fidedigna e autêntica às vítimas e à coletividade. Com isso, acaba-se com as incertezas e ocultações, “tira-se o véu” do falacioso discurso oficial e possibilita-se a “cicatrização de feridas” que, na constância do esquecimento, permanecem abertas.

A função pedagógica do direito à verdade e à memória objetiva, por outro lado, consolidar uma cultura de respeito e observância aos direitos humanos. Isso porque com o esclarecimento das graves violações a esses direitos e com a correspondente responsabilização (direito à justiça) e reparação às vítimas (direito à compensação), forma-se uma consciência coletiva, tanto para o Estado e seus agentes quanto para os cidadãos, de afirmação da cidadania, de valorização dos direitos fundamentais e, principalmente, de não repetição das atrocidades.

A função histórica vincula-se ao anseio da sociedade de saber o seu passado, a sua história e a sua memória. Somente através da investigação histórica, do amplo acesso aos documentos governamentais produzidos no período ditatorial e da criação de museus, parques

ou outros espaços públicos dedicados à memória dos mortos e ao debate social será possível conhecer as instituições, os atores e os fatos ocorridos, bem como garantir a autodeterminação e a formação da identidade de determinado povo. As vítimas, os familiares de mortos e desaparecidos políticos, a sociedade, enfim as atuais e as futuras gerações têm o direito de conhecer o seu passado e a sua história, além de necessitar saber o que, de fato, aconteceu.

Além disso, a partir das funções acima elencadas podem ser extraídos alguns direitos. De acordo com a função histórica do direito à verdade e à memória emerge, *v.g.*, no contexto de transição política, os seguintes direitos: o direito à pesquisa histórica e escolar, vez que todos os indivíduos têm o direito de acesso às fontes de estudo da história de seu país; o direito de esclarecer eventuais medidas discriminatórias oficiais com grande repercussão na vida pessoal, familiar ou profissional dos perseguidos<sup>15</sup>; o direito à verdade histórica; e o direito à preservação da identidade e memória coletiva. Em virtude da função pedagógica pode ser extraído, por exemplo, o direito à indenização e a outras formas de reparação por prejuízos sofridos pelas vítimas da repressão. No concernente à função social, observa-se o direito de identificação dos responsáveis pelos crimes praticados contra os direitos humanos e, numa perspectiva individual, o direito à intimidade, identidade e verdade familiar de descobrir o paradeiro dos seus entes queridos. Esse último direito relaciona-se com o direito ao luto. Releva explicitá-lo.

## 2.2 O DIREITO AO LUTO NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Os povos, inclusive as civilizações extintas, caracterizam-se culturalmente pelo modo de tratar os seus mortos e manifestar-se postumamente. De acordo com Inês Virgínia Soares, o luto “é um rito social de lembrança, realçando a ausência de algo ou alguém que se perdeu, fornecendo publicidade à saudade do desaparecido”, sendo uma das expressões culturais mais praticadas e perpetuadas pelo ser humano no curso da sua trajetória.<sup>16</sup>

A dimensão coletiva da tutela do luto pode ser estudada em duas vertentes, a saber: como direito de manifestação cultural e como patrimônio cultural brasileiro. Enquanto direito de manifestação cultural, o exercício do luto, no plano coletivo, fica evidenciado nos acidentes de grandes proporções, como catástrofes naturais, em que a sociedade espera uma efetiva atuação do Poder Público no resgate e identificação dos corpos, a fim de possibilitar a prática do rito fúnebre.<sup>17</sup> Enquanto patrimônio cultural, o luto evidencia-se, por exemplo, no tombamento de casas onde nasceram ou morreram falecidos famosos.<sup>18</sup>



Sendo assim, o direito ao luto é um direito fundamental e inclusive sagrado em muitas culturas<sup>19</sup>, decorrente do respeito jurídico legal aos corpos das pessoas falecidas<sup>20</sup>, que se traduz, nos períodos de autocracia, no direito que os familiares têm de conhecer o paradeiro dos seus entes queridos, de localizar os seus corpos e garantir um enterro digno, e, na justiça de transição, no direito que os familiares têm de recuperar os restos mortais dos desaparecidos políticos e enterrá-los. A negação do direito ao luto implica na sujeição dos familiares a uma contínua tortura psicológica.

O termo “desaparecidos políticos”, segundo Fernando Morais, é a vergonhosa metáfora com a qual o regime se referia aos opositoristas mortos em torturas que eram sepultados anonimamente ou com nomes falsos em valas de cemitérios das periferias. Como se não fosse suficiente a violência das prisões arbitrárias e a brutalidade dos assassinatos em câmaras de tortura, os regimes ditatoriais impõem, ainda, aos familiares dos mortos um castigo adicional: a impossibilidade de enterrar os seus estimados parentes.<sup>21</sup>

Na justiça de transição brasileira, o desaparecimento de presos políticos é um dos legados mais dolorosos, pois os familiares são vítimas não somente da morte presumidamente violenta, mas também da continuidade da violação do seu direito ao luto.<sup>22</sup>

Por fim, cabe ressaltar que o respeito aos mortos está presente na legislação brasileira e internacional. O Código Penal brasileiro pune a violação de sepultura, art. 210; a destruição, subtração ou ocultação de cadáver, art. 211; e o vilipêndio de cadáver, art. 212. Com relação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, Convenção de Genebra III, no seu art. 120, estabelece que “O sepultamento ou incineração de um prisioneiro de guerra deverá ser precedido de um exame médico do corpo, a fim de constatar a morte, permitir a redação de um relatório e, se necessário, estabelecer a identidade do morto”.

Muitos familiares sofreram e ainda sofrem sem informações sobre o paradeiro dos seus entes próximos e, principalmente, sem a possibilidade de enterrá-los. Muitas vítimas também sofrem com os traumas e torturas que tendem a constante e psicologicamente acompanhá-los. A sociedade ainda sofre com a ocultação e manipulação dos fatos históricos e com a resistência estatal à efetivação do direito à verdade e à memória. O Brasil, passados quase trinta anos do término da ditadura militar, ainda não concretizou esse importante direito, de modo que convém analisar mais detalhadamente a transição política brasileira.

### 2.3 A TRANSIÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS ENTRAVES À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA

A ditadura militar brasileira, compreendida entre 1964 e 1985, foi caracterizada pela violação dos direitos dos seus cidadãos, através da implementação de um aparelho estatal que institucionalizou práticas de prisão arbitrária, tortura, desaparecimento forçado e homicídio, em virtude da intolerância ideológica aos opositores do regime. Com o fim do regime autocrático em 1985, a sociedade brasileira, no processo de transição política, teve que, aparentemente, se confrontar com o seu passado de graves violações aos direitos humanos.

Quanto à caracterização da transição política brasileira, cabe primeiramente pontuar que a ditadura militar brasileira foi endógena, pois o arbítrio teve origem dentro das próprias fronteiras nacionais e o acerto de contas foi iniciado pelo próprio país onde ocorreram as violações.<sup>23</sup> Não se pode deixar de evidenciar, contudo, a forte influência norte-americana na instauração a manutenção do regime ditatorial brasileiro.

Com relação ao formato de transição política, evidencia-se que o Brasil optou pelo esquecimento, contando, inclusive, com a promulgação de leis de autoanistia, com o silêncio sobre as graves violações perpetradas, com a fabricação do consenso e com a busca da reconciliação nacional. Apenas com a edição do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, com a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação Pública – Lei nº. 12.527/2011 e com a instauração da Comissão Nacional da Verdade – Lei nº. 12.528/2011, observou-se uma maior preocupação do Estado brasileiro com o modo de transição pelo conhecimento dos fatos.

Desta forma, pode-se afirmar que a transição política brasileira é peculiar em razão da sua descontinuidade, pois, por duas décadas, após o término do regime, prevaleceu a opção pelo esquecimento dos acontecimentos e não responsabilização dos agentes<sup>24</sup>, sendo que apenas há pouco tempo tem-se adotado a opção pelo conhecimento circunstanciado dos fatos, mas sem a respectiva responsabilização.

A duração do processo transicional brasileiro pode ser caracterizada como postergada, pois foi iniciada praticamente dez anos após o término da ditadura militar, e prolongada, pois é lenta, gradual e perdura até hoje.

Quanto aos pilares da justiça de transição, que, conforme demonstrado, devem ser obrigatoriamente observados, infere-se que a redemocratização brasileira observou somente o pilar reparação. Os pilares reforma das instituições e justiça foram praticamente abandonados. O pilar verdade e memória começou a ser evidenciado apenas em 2005, por intermédio do

Decreto nº. 5.584/2005, que determinou o recolhimento dos documentos arquivísticos públicos custodiados pela Agência Brasileira de Inteligência - ABIN ao Arquivo Nacional.

Sob a perspectiva legislativa, a adoção do modelo do esquecimento foi viabilizada com a promulgação da Lei da Anistia – Lei nº. 6.683/79, que anistiou todos os crimes cometidos no período autocrático, até mesmo os crimes comuns praticados pelos mandantes e executores do regime. Por conseguinte, sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, foi promulgada a Lei nº. 9.140, de 04 de dezembro de 1995, que instituiu a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas que participaram das atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, permitindo a emissão do atestado de óbito e a indenização dos familiares. Após, em 13 de novembro de 2002, por intermédio da Lei nº. 10.559, foi criada a Comissão de Anistia, que além de conferir declaração da condição de anistiado político às vítimas da repressão, possibilitou as reparações cabíveis.

Todavia, em 05 de maio de 2005, com a promulgação da Lei nº. 11.111, operou-se um grave retrocesso na lenta transição política brasileira, vez que o referido diploma legal autorizou a manutenção do sigilo dos documentos e arquivos da ditadura por um período indeterminado, violando ferozmente o direito à verdade e à memória, além de fomentar o esquecimento e impedir o conhecimento dos fatos.

Nota-se, desse modo, que até 2005, a justiça de transição brasileira foi marcada pelo formato do esquecimento, sendo cumprido apenas o pilar da reparação, através da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP e da Comissão da Anistia.

Neste contexto, nos últimos oito anos, houve uma mudança da situação, principalmente por meio de iniciativas políticas que buscavam responsabilizar os agentes e revelar a verdade. Por outro lado, não se pode deixar de evidenciar que ainda existe uma resistência muito grande por parte dos militares, dos círculos simpatizantes do regime militar e, inclusive, de integrantes do próprio governo federal.<sup>25</sup>

Mesmo assim, podem ser identificadas as seguintes ações programáticas e propostas legislativas, que conseguiram, ainda de que forma tímida, afastar o esquecimento e o modelo da anistia: a) em 2005, a incorporação pelo governo federal de muitos arquivos de órgãos de repressão, como os extintos Conselho de Segurança Nacional - CSN, Comissão Geral de Investigações - CGI e Serviço Nacional de Informações - SNI, para o Arquivo Nacional<sup>26</sup>; b) em 2007, a publicação do livro “Direito à Verdade e à Memória”, resultado dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos ao longo de 11 anos; c) em 2008, o ajuizamento pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

da ADPF nº. 153, questionando a validade interpretação da Lei da Anistia; d) em 2009, a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil: Memórias Reveladas, coordenado pelo Arquivo Nacional; e) em 2009, a instituição do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, com um eixo orientador específico sobre o direito à verdade e à memória; f) em 2010, o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso da Guerrilha do Araguaia; g) em 16 de maio de 2012, entrada em vigor da Lei nº. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação Pública, com a revogação da Lei nº. 11.111/2005; h) em 16 de maio de 2012, instauração da Comissão Nacional da Verdade – Lei n. 12.528/2011.

Desta forma, observa-se que a partir de 2005 começaram a ser adotadas medidas em prol do pilar verdade e memória, transformando, gradualmente, o modelo do esquecimento no modelo do conhecimento dos fatos. Também existiu uma tentativa, sem êxito, de rever a Lei da Anistia e efetivar o pilar da justiça na redemocratização brasileira.

Acontece que as ações acima elencadas são insuficientes para a concretização da redemocratização brasileira, principalmente pelo fato de que a transição política pátria além de ser caracterizada pela morosidade, lentidão e mitigação de importantes direitos, como o direito à verdade e à memória e o direito à justiça, insiste no ranço do esquecimento e na forte influência das instituições envolvidas com as violações de direitos humanos. Observa-se, ainda, o pilar da reparação foi o único com o qual o Estado se preocupou até meados de 2005, sendo que boa parte das iniciativas transicionais partiram do Poder Executivo. Ademais, o Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a ADPF nº. 153 e, conseqüentemente, não rever a interpretação da Lei da Anistia, obstaculizou o julgamento de diversas Ações Cíveis Públicas e representações criminais.

Neste cerne, infere-se que a justiça de transição brasileira ainda encontra sérios entraves à sua efetivação. No tocante ao direito à verdade e à memória, objeto do presente trabalho, verifica-se que a falta de vontade estatal de analisar o passado e os documentos produzidos no período de exceção, os quais poderiam desvendar muitas arbitrariedades cometidas, ainda é uma realidade presente. Medidas têm sido implementadas, mas ainda são insuficientes para a consolidação desse importante direito, que, na maioria das vezes, sequer é reconhecido. Dessa forma, figura-se necessário reconhecer o direito à verdade e à memória como um direito fundamental implícito e, posteriormente, analisar criticamente as legislações e ações governamentais que buscam tutelá-lo.

### **3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO**

O direito à verdade é o direito fundamental a ser exercido por todo e qualquer cidadão de receber e ter acesso às informações de interesse público que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas. Nos períodos de transição política, esse direito torna-se mais evidente, uma vez que é dever estatal revelar e esclarecer às vítimas, aos familiares e à sociedade as informações de interesse coletivo sobre os fatos históricos e as circunstâncias relativas às graves violações de direitos humanos praticadas nos regimes de exceção. É a chamada verdade histórica.

O direito à memória, por seu turno, é o direito fundamental de acesso, utilização, conservação e transmissão do passado e dos bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio cultural de determinada coletividade, tendo em vista que a memória – enquanto evocação do passado – apresenta tanto uma dimensão individual, na medida em que cada indivíduo tem suas vivências, experiências e recordações íntimas e pessoais, como uma dimensão coletiva, haja vista que o compartilhamento da historicidade e cultura de um povo pertence a toda sociedade.

O direito à verdade e à memória não se encontra expresso ou enunciado no texto constitucional, mas por decorrer diretamente do regime e dos princípios consagrados na Constituição Federal. Nesse cerne, considerando a importância desse direito na redemocratização política de países marcados por regimes autocráticos, o presente capítulo objetiva reconhecê-lo como um direito fundamental implícito, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, mais conhecido como cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais.

#### **3.1 A FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DO DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca no seu Título II, do art. 5º ao art. 17, os direitos e garantias fundamentais. Entretanto, esse rol não é exaustivo e, por força do art. 1º, inciso III, e art. 5º, §2º, bem como através do conceito de fundamentalidade material, tem-se reconhecido direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição.

O significado das normas de direitos fundamentais é o resultado de dois elementos: a fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal decorre da alocação dos direitos fundamentais no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico,<sup>27</sup> como parte integrante da Constituição, de forma que, na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidas aos limites procedimentais e materiais de reforma, nos termos do art. 60 da Carta Magna. Além disso, segundo a fundamentalidade formal, esses direitos vinculam imediatamente os poderes públicos, constituindo verdadeiros parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.<sup>28</sup> Assim, considerando a fundamentalidade formal, são direitos fundamentais aquelas normas jurídicas que, por decisão expressa do constituinte, foram consagradas e positivadas na Constituição Federal.

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.<sup>29</sup> Segundo a concepção da fundamentalidade material, os direitos que, apesar de se encontrarem fora do catálogo de direitos fundamentais, mas que por seu conteúdo e importância puderem ser a estes equiparados, também serão considerados direitos fundamentais.

Somente através da noção de fundamentalidade material é possível reconhecer a abertura constitucional a outros direitos, também fundamentais, mas não positivados na Carta Magna,<sup>30</sup> assim como a direitos fundamentais situados fora do Título II, mas integrantes do texto constitucional. Na Constituição Federal de 1988 esse reconhecimento foi viabilizado pela cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º.

### **3.1.1 A cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais: art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988**

O rol de direitos e garantias fundamentais constante no Título II da nossa Lei Fundamental, embora extenso, não é exaustivo, ou seja, não exaure todos os direitos considerados fundamentais pelo constituinte brasileiro. Existem direitos fundamentais que apesar de não se encontrarem no referido “catálogo”,<sup>31</sup> estão consagrados em outros trechos da Constituição ou, até mesmo, fora dela. Assim, inspirado na IX Emenda à Constituição norte-americana, ratificada em 15 de dezembro de 1791,<sup>32</sup> bem como influenciado por outras ordens constitucionais, como o art. 16 da Constituição Portuguesa de 1976,<sup>33</sup> o constituinte

positivou, no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais.

O art. 5º, § 2º, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, possibilitou o reconhecimento, para além do conceito formal de Constituição e para além do catálogo de direitos fundamentais, de novos direitos que, por seu conteúdo e substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado.<sup>34</sup>

Neste contexto, tendo em vista o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que possibilita a identificação de direitos fundamentais não expressamente positivados ou implícitos, assim como de direitos previstos em tratados internacionais ou em outras partes da Carta Magna, convém explicitar as possíveis espécies de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do art. 5º, § 2º, podem ser extraídos dois grandes grupos de direitos fundamentais, segundo lição de Ingo Sarlet: os direitos expressamente positivados ou escritos e os direitos fundamentais não escritos. O primeiro grupo divide-se em direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais ou em outras partes da Constituição (direitos formal e materialmente constitucionais), bem como em direitos explicitamente constantes em tratados internacionais. Já o segundo grupo, direitos fundamentais não escritos, encontra-se dividido em duas categorias: direitos implícitos, no sentido de posições jurídicas subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; e direitos decorrentes, que, como o próprio nome já denota, decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição.<sup>35</sup>

Quanto à terminologia, Ingo Sarlet entende que a denominação “direitos não escritos” ou “direitos não expressos” constitui, em verdade, o gênero, que alberga, como espécies, os direitos implícitos e os direitos decorrentes.<sup>36</sup> Para o presente estudo, contudo, não será adotada a diferença terminológica acima reportada, entendendo-se como sinônimos os conceitos de direitos implícitos, decorrentes e não escritos.

Assim, para fins de sistematização, será adotada a seguinte classificação: a) direitos expressos na Constituição; b) direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais; c) direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

O primeiro grupo é composto pelos direitos fundamentais previstos no Título II e em outras partes da Constituição. Por expressa opção constitucional, os direitos previstos no Título II, mais especificamente os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos

sociais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos, são direitos formal e materialmente fundamentais.

Com a cláusula de abertura material, outros direitos, dispersos no texto constitucional, mas não elencados entre os artigos 5º a 17, passam a ser reconhecidos como fundamentais. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150 da Constituição Federal, também seria um direito fundamental, vez que viola a dignidade dos cidadãos na medida em que não leva em conta a sua tranqüilidade e segurança jurídica. Neste mesmo diapasão, o direito à livre-iniciativa, expresso no art. 170 da Lei Fundamental, também tem elevado grau de fundamentalidade, sendo, inclusive, elemento essencial para o funcionamento do sistema econômico, além de ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do art. 1º, inciso IV.<sup>37</sup>

No segundo grupo classificatório, encontram-se os direitos fundamentais implícitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Direitos fundamentais implícitos, como o próprio termo já induz, são direitos que não estão expressos, explícitos, positivados, escritos ou enumerados no texto constitucional, mas que, por apresentar fundamentalidade material e derivar do regime e dos princípios basilares da ordem constitucional pátria, são, também, direitos fundamentais.

Questiona-se, por outro lado, qual seria o alcance das expressões “regime” e “princípios” constantes no art. 5º, § 2º. Consoante entendimento firmado por Ingo Sarlet, as referidas terminologias referem-se às disposições contidas no Título I – Dos Princípios Fundamentais, que através dos artigos 1º a 4º delineiam os contornos básicos do Estado democrático de Direito.<sup>38</sup> Assim, para que determinado direito implícito seja considerado fundamental, faz-se necessário que a sua origem tenha como base o regime democrático, além de observar os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno quanto internacional.

Ademais, figura-se também indispensável que os direitos implícitos guardem sintonia com os direitos fundamentais do catálogo, ou seja, equivalham, em seu conteúdo e dignidade, aos direitos fundamentais prescritos nos artigos 5º a 17. Para tanto, devem ser observados os critérios de relevância e substância. O critério da relevância está baseado na efetiva importância que aquele direito deve ter para a comunidade em determinado momento histórico, sendo que referido critério relaciona-se com a dimensão axiológica dos direitos fundamentais, ou seja, com a expressão valorativa consensualmente reconhecida no meio social.<sup>39</sup> Quanto ao critério da substância, critério este marcado por forte dose de subjetividade, devem ser observados os elementos comuns ao conteúdo de todos os direitos



fundamentais do Título II da Constituição, de forma a buscar uma equiparação entre o direito implícito e os direitos fundamentais positivados.<sup>40</sup>

Além disso, ressalta-se que a cláusula de abertura material do sistema constitucional deve ser analisada sob os ditames da dignidade da pessoa humana, que além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, também tem a função de reconhecer os direitos fundamentais implícitos ou previstos em tratados internacionais, revelando, desse modo, uma íntima relação com o art. 5º. §2º.<sup>41</sup>

Cuida-se de um critério basilar, mas não exclusivo, já que podem ser utilizados outros referenciais, como, v.g., o direito à vida. Na verdade, consoante entendimento firmado por Ingo Sarlet e adotado no presente estudo, sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, uma posição jurídica ou um direito implícito diretamente embasado e relacionado à dignidade da pessoa humana, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental.<sup>42</sup>

Em semelhante sentido, Ricardo Mauricio Freire Soares afirma que a dignidade da pessoa humana figura como um princípio ético-jurídico capaz de orientar, através de uma interpretação teleológica da Constituição, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, por força do art. 5º, § 2º, que define um catálogo aberto e inconcluso de direitos fundamentais.<sup>43</sup> Por outro lado, George Marmelstein entende que além da dignidade da pessoa humana, também são direitos fundamentais implícitos os que tenham vinculação com a limitação de poder.<sup>44</sup>

Urge evidenciar, por derradeiro, que além da fundamentalidade material, os direitos implícitos também são dotados de fundamentalidade formal,<sup>45</sup> pois embora não estejam expressos, decorrem do regime e dos princípios com assento constitucional e, portanto, tem suas raízes e fundamentos extraídos da Carta Magna, sendo, dessa forma, parte integrante da Constituição.

A título de exemplo pode ser elucidado o direito à alimentação, que, embora implícito, tem sua origem extraída da análise sistemática dos princípios constitucionais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que uma pessoa faminta certamente não terá condições de sobreviver e exercer quaisquer direitos.<sup>46</sup> O direito à verdade e à memória também é enquadrado como um direito fundamental implícito, conforme será demonstrado posteriormente.

Neste sentido, para que, amparado no art. 5º, §2º, um direito implícito seja considerado um direito fundamental, faz-se necessária a observância dos seguintes requisitos:

a) decorra do regime e dos princípios constitucionais constantes no Título I da Constituição

Federal de 1988; b) Tenham sintonia e equivalência aos direitos fundamentais elencados no Título II do diploma constitucional, devendo, para tanto, serem vislumbrados os critérios da relevância e substância; e, por fim, c) estejam vinculados com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder.

No terceiro grupo classificatório, destacam-se os direitos decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Os tratados internacionais, como bem preleciona Flávia Piovesan, são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, celebrados entre sujeitos de Direitos Internacional e regulados pelo regime jurídico de Direito Internacional. O termo “tratado” é um termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.<sup>47</sup>

Os tratados internacionais podem ser comuns – enquanto diplomas que buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes – ou de direitos humanos, na medida em que transcendem os meros compromissos recíprocos entre os pactuantes e objetivam salvaguardar os direitos do ser humano e não as prerrogativas do Estado.<sup>48</sup> O art. 5º. §2º, em que pese não externar o termo “tratados internacionais de direitos humanos”, pela interpretação do art. 5º, §§ 1º e 3º, assim como pela teleologia do próprio dispositivo em exame, infere-se que este é o sentido e alcance constitucional.

Além disso, convém traçar, em breves linhas, o atual panorama do tratamento hierárquico dispensado aos tratados internacionais. O Supremo Tribunal Federal, em 03 de dezembro de 2008, decidiu, historicamente, que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, possuindo força e caráter supralegal.

No julgamento do Recurso Extraordinário – RE 466.343/SP, que teve como objeto a discussão acerca da prisão civil do depositário infiel, a ótica legalista positivista consagrada na antiga pirâmide de Hans Kelsen foi definitivamente sepultada pelo STF que, com base no voto do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à Emenda Constitucional – EC 45/2004, desde que não aprovados por quorum qualificado, nos termos do art. 5º, § 3º,<sup>49</sup> da Carta Magna, embora infraconstitucional, possuem valor supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias.<sup>50</sup>

Referida posição, adotada no presente ensaio, encontra-se bem sistematizada por Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli, ao assinalarem que no topo se encontra a Constituição – assim como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5º, §3º, da Lei Fundamental; abaixo dela, mas acima da lei ordinária, encontram-se os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quorum

qualificado, pouco importando se o tratado é anterior ou posterior à EC 45/2004; e, por fim, no patamar inferior está a legislação ordinária, assim como os tratados que não versam sobre direitos humanos.<sup>51</sup>

Não se pode deixar de explicitar, todavia, o entendimento defendido por Flávia Piovesan, de que “por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.” Fundamenta sua posição, ademais, aduzindo que a hierarquia constitucional decorre “de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>52</sup> O voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 466.343/SP, posicionou-se nesse mesmo sentido.

Desta forma, infere-se que, segundo disposição do art. 5º. § 2º, todos os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil – sejam os tratados com força supralegal, incorporados antes da EC 45/2004 ou posteriormente a esta, mas sem o quórum do art. 5º. § 3º, sejam os tratados aprovados pelo referido quórum e, portanto, com o *status* constitucional, neste último caso também formalmente constitucionais – valem mais do que a lei ordinária e podem ser equiparados, por sua materialidade constitucional, aos demais direitos fundamentais.

### **3.1.2 O reconhecimento de um direito à verdade e à memória implícito no ordenamento jurídico brasileiro**

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, possibilitou o reconhecimento de direitos não escritos, mas decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Entretanto, para que um direito implícito seja considerado um direito fundamental, como já explanado, faz-se necessária a observância de alguns requisitos, a saber: a) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Carta Magna; b) equivalência aos direitos fundamentais elencados no Título II da Constituição, através dos critérios de relevância e substância; e, por fim, c) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder.

O direito à verdade e à memória enquanto direito não escrito, de titularidade ativa difusa, que tem como objeto o dever estatal de disponibilizar e permitir o acesso às informações de interesse público e aos bens culturais, deve, para ser enquadrado como um direito fundamental, observar os mencionados requisitos.

Considerando que o princípio republicano representa um compromisso ético primordial com o bem comum do povo, enquanto a democracia traduz a soberania do povo na decisão sobre o seu destino, na avaliação e julgamento de seus representantes,<sup>53</sup> bem como no exercício democrático de poder,<sup>54</sup> infere-se que a informação de interesse público, coletivo ou geral é um bem comum de todos e um elemento imprescindível para a consolidação do regime democrático. O direito à verdade e à memória, portanto, tem suas raízes extraídas dos referidos princípios, dispostos no art. 1º, *caput*, da Constituição.

A dignidade da pessoa humana, concretizada no art. 1º, inciso III, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana,<sup>55</sup> além de ser o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, é outro princípio norteador do direito à verdade e à memória.

Pode ainda ser evidenciado, como alicerce constitucional, o direito fundamental à informação, consagrado no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, que está relacionado, seja na esfera individual, seja na esfera coletiva, à garantia institucional dos meios de comunicação e à liberdade pública de informar, de ser informado ou de ter acesso à informação, bem como o princípio da publicidade, consolidado no art. 37, *caput*, da Lei Fundamental, que preconiza que Administração Pública deve garantir ampla divulgação dos atos que pratica e a transparência da sua atividade administrativa.<sup>56</sup> A complementaridade entre a publicidade e o direito constitucional à informação viabiliza, assegura e fundamenta o direito à verdade.<sup>57</sup>

Neste sentido, conclui-se que o direito à verdade e à memória enquanto corolário do regime democrático, do princípio republicano, do princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, do princípio da publicidade e do direito à informação é sim um direito fundamental. Isso ocorre porque além da sua relevância para a sociedade, o direito à verdade e à memória decorre do regime democrático e de diversos princípios constitucionais, possuindo, inclusive, equivalência aos direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Carta Magna.

A cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais possibilita e legitima o reconhecimento do direito à verdade como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode deixar de destacar, contudo, que além da fundamentalidade material, o direito à verdade e à memória também é dotado de fundamentalidade formal, pois decorre de princípios com assento constitucional e tem suas raízes e fundamentos extraídos da Carta Magna, sendo, inclusive, parte integrante desta.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se, no presente artigo, que:

1. No processo transicional, podem ser identificados alguns aspectos: primeiro, a natureza e duração do regime autocrático; segundo, as formas de transição política; terceiro, a duração do processo de transição; e, por fim, os pilares da justiça de transição. Quanto à natureza do regime ditatorial, observa-se que esta pode ser endógena, ou seja, originada dentro do próprio país, ou exógena, se imposta por uma força estrangeira. No tocante às formas de transição, identificam-se quatro maneiras de resposta às graves violações aos direitos humanos: vingança, esquecimento, julgamento e conhecimento. Com relação à duração, a transição política pode ser imediata, na medida em que são adotados mecanismos de restauração da democracia logo após o término do período autocrático; prolongada, quando o processo de redemocratização demanda certo tempo até que os trabalhos sejam concluídos; e postergada, ao passo em que as primeiras ações levam dez anos ou mais para iniciarem.

2. A justiça de transição apresenta quatro pilares ou dimensões fundamentais, quais sejam: a) verdade e memória; b) justiça; c) reparação; e d) reforma das instituições, de modo que para que a redemocratização atinja sua plenitude, figura-se necessária a concretização dos seus quatro pilares, de forma separada ou conjunta, imediata ou postergada, independentemente do modelo de transição política adotada pelo país.

3. O pilar verdade e memória é de suma importância no contexto de transição política, principalmente como forma de permitir o esclarecimento dos fatos relativos às graves violações aos direitos humanos praticados pelos agentes estatais no período de exceção. A partir do acesso às informações atinentes aos fatos históricos e aos crimes contra a humanidade praticados no regime autocrático, informações estas contidas em processos judiciais, em documentos públicos e privados e nos próprios arquivos do período ditatorial, propõem-se as seguintes funções do direito à verdade e à memória na justiça de transição: função social, função pedagógica e função histórica.

4. O direito ao luto é um direito fundamental que se traduz, nos períodos de autocracia, no direito que os familiares têm de conhecer o paradeiro dos seus entes queridos, de localizar os seus corpos e garantir um enterro digno, e, na justiça de transição, no direito que os familiares têm de recuperar os restos mortais dos desaparecidos políticos e enterrá-los.

5. No Brasil, a transição política figura-se descontínua, pois, por duas décadas, após o término do regime, prevaleceu a opção pelo esquecimento dos acontecimentos e não

responsabilização dos agentes, sendo que apenas há pouco tempo tem-se adotado a opção pelo conhecimento circunstanciado dos fatos, mas sem a respectiva responsabilização. Além disso, a duração do processo transicional brasileiro pode ser caracterizada como postergada, pois foi iniciada praticamente dez anos após o término da ditadura militar, e prolongada, pois é lenta, gradual e perdura até hoje.

6. Os pilares da justiça de transição devem ser obrigatoriamente observados. Todavia, a redemocratização brasileira observou somente o pilar reparação. Os pilares reforma das instituições e justiça foram praticamente abandonados. O pilar verdade e memória começou a ser evidenciado apenas em 2005, por intermédio do Decreto nº. 5.584/2005, que determinou o recolhimento dos documentos arquivísticos públicos custodiados pela Agência Brasileira de Inteligência ao Arquivo Nacional.

7. A justiça de transição brasileira ainda encontra sérios entraves à sua efetivação. No tocante ao direito à verdade e à memória, verifica-se que a falta de vontade estatal de analisar o passado e os documentos produzidos no período de exceção, os quais poderiam desvendar muitas arbitrariedades cometidas, ainda é uma realidade presente. Medidas têm sido implementadas, mas ainda são insuficientes para a consolidação desse importante direito, que, na maioria das vezes, sequer é reconhecido.

8. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, possibilitou o reconhecimento de direitos não escritos, mas decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Entretanto, para que um direito implícito seja considerado um direito fundamental, faz-se necessária a observância de alguns requisitos, a saber: a) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Carta Magna; b) equivalência aos direitos fundamentais elencados no Título II da Constituição, através dos critérios de relevância e substância; e, por fim, c) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder.

9. O direito à verdade e à memória enquanto corolário do regime democrático, do princípio republicano, do princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, do princípio da publicidade e do direito à informação é sim um direito fundamental. Isso ocorre porque além da sua relevância para a sociedade, o direito à verdade e à memória decorre do regime democrático e de diversos princípios constitucionais, possuindo, inclusive, equivalência aos direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Carta Magna.

10. A cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais possibilita e legitima o reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode deixar de destacar, contudo, que

além da fundamentalidade material, o direito à verdade e à memória também é dotado de fundamentalidade formal, pois decorre de princípios com assento constitucional e tem suas raízes e fundamentos extraídos da Carta Magna, sendo, inclusive, parte integrante desta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Habeas corpus**: que se apresente o corpo. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilidade e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KLATAU FILHO, Paulo. **O Direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos**. Disponível em: <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>> . Acesso em: 06 de dez. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEMÓRIAS REVELADAS. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.memoriasreveladas.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>> Acesso em: 10 de jun. 2012.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis de anistia face ao direito internacional: desaparecimentos e direitos à verdade. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos, globalização**

**econômica e integração regional:** desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dálmas. As razões da eficácia da lei de anistia no Brasil e as alternativas para a verdade e a justiça em relação as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica:** (In) Justiça nas transições políticas. Vol.8, nº 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

SAMAPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade:** a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar:** responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais:** contribuição para um teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Memória democrática e desaparecidos políticos. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade:** a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O direito fundamental à verdade no sistema jurídico brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia,** v. 22, 2011.

TAVARES, André; AGRA, Walber. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade:** a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. Justiça transicional, direito humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes,** v. 13, n. 13, p. 35-69, 2008.



WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º. 74, 2008.

- 
- <sup>1</sup> SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 43.
- <sup>2</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 71.
- <sup>3</sup> MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 39.
- <sup>4</sup> *Ibid.*, p. 39-40.
- <sup>5</sup> SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 55.
- <sup>6</sup> DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.
- <sup>7</sup> *Ibid.*, p. 63.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, p. 63.
- <sup>9</sup> SANTOS, Roberto Lima, op. cit., p. 59.
- <sup>10</sup> *Ibid.*, p. 60.
- <sup>11</sup> MEZAROBBA, Glenda, op. cit., p. 42.
- <sup>12</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 74, 2008, p. 183-184.
- <sup>13</sup> VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. Justiça transicional, direito humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, v. 13, n. 13, p. 35-69, 2008.
- <sup>14</sup> PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dálmas. As razões da eficácia da lei de anistia no Brasil e as alternativas para a verdade e a justiça em relação as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (In)justiça nas transições políticas. v. 8, n. 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010, p. 190.
- <sup>15</sup> SAMAPAI, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 258.
- <sup>16</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. Memória democrática e desaparecidos políticos. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 322.
- <sup>17</sup> *Ibid.*, p. 324.
- <sup>18</sup> *Ibid.*, p. 326.
- <sup>19</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Habeas corpus**: que se apresente o corpo. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 124.
- <sup>20</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Leis de anistia face ao direito internacional**: desaparecimentos e direitos à verdade. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 289-290.
- <sup>21</sup> BRASIL. Presidência da República, op. cit., p. 36.
- <sup>22</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado, op. cit. p. 329.
- <sup>23</sup> MEZAROBBA, Glenda, op. cit., p. 42.
- <sup>24</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilidade e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.
- <sup>25</sup> *Ibid.*, p. 95.
- <sup>26</sup> MEMÓRIAS REVELADAS. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.memoriasreveladas.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>> Acesso em: 10 de jun. 2012.
- <sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520.
- <sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 379.
- <sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75.
- <sup>30</sup> *Ibid.*, p. 75.
- <sup>31</sup> Expressão utilizada por Ingo Wolfgang Sarlet para se referir aos direitos e garantias fundamentais expressamente elencadas no Título II da nossa Carta Magna.

- 
- <sup>32</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para um teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.
- <sup>33</sup> Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais.
1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 17.
- <sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78.
- <sup>35</sup> Ibid., p. 87.
- <sup>36</sup> Ibid., p. 90.
- <sup>37</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194-195.
- <sup>38</sup> Ibid., p. 93.
- <sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 92.
- <sup>40</sup> Ibid., p. 93.
- <sup>41</sup> Ibid., p. 95.
- <sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 61.
- <sup>43</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136.
- <sup>44</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 191.
- <sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 94.
- <sup>46</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193.
- <sup>47</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.
- <sup>48</sup> Ibid., p. 50.
- <sup>49</sup> Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
- <sup>50</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.
- <sup>51</sup> Ibid., p. 66.
- <sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.
- <sup>53</sup> KLATAU FILHO, Paulo. **O Direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Método, 2008, p. 111.
- <sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 290.
- <sup>55</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.
- <sup>56</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O direito fundamental à verdade no sistema jurídico brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 22, 2011, p. 59.
- <sup>57</sup> KLAUTAU FILHO, Paulo. **O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos**. Disponível em: <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>> . Acesso em: 06 de dez. 2009.