

A eficácia do direito fundamental à memória e à verdade: uma análise do caso de retificação da *causa mortis* na certidão de óbito de mortos da ditadura militar brasileira.

The effectiveness of the fundamental right to memory and to truth: an analysis of the rectification of the “causa mortis” on the death certificate of the dead in the brazilian military dictatorship.

Mariana Braga Sydrião de Alencar*

Resumo

O presente trabalho versa sobre o direito fundamental à memória e à verdade, cuja fundamentalidade decorreu do regime democrático e de direito, bem como dos princípios da cidadania, dignidade da pessoa humana e da publicidade, e, mais especificamente, do direito à informação, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988. Assim, como direito fundamental reconhecido, importa garantir a sua aplicabilidade imediata a que aduz o art. 5º, §1º da Constituição Federal. Destarte, nos casos em que a *causa mortis* da certidão de óbito de mortos da ditadura militar brasileira não conferirem com a verdade e, assim, não resguardarem a devida memória, deve este direito fundamental, utilizado notadamente dentro deste contexto de Justiça de Transição, ter sua eficácia plena e aplicabilidade imediata asseguradas, como ocorreu na sentença objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito fundamental à memória e à verdade; Justiça de Transição; Eficácia plena; Aplicabilidade imediata.

Abstract

This paper deals with the fundamental right to memory and to truth, which ran fundamentality of democracy and law, and the principles of citizenship, human dignity and publicity, and, more specifically, the right to information, in accordance with art. 5, § 2 of the Constitution of 1988. Thus, as a fundamental right recognized essential to ensure its immediate applicability adduced art. 5, § 1 of the Federal Constitution. Therefore, in cases where the *causa mortis* from death certificates for the dead of the brazilian military dictatorship did not confer with the truth, and, consequently, did not resguard the appropriate memory, should this fundamental right, especially in this context for Transitional Justice, have fully effective and immediate applicability ensured, as occurred in the sentence object of this study.

Keywords: Fundamental Rights; Fundamental right to memory ando to truth; Transitional Justice; Fully effective; Immediate applicability.

Introdução

Na segunda metade do século XX, influenciada pela doutrina norte-americana de segurança nacional, cuja bandeira era a luta contra o comunismo, parte dos países da América Latina adotou o Regime de Ditadura Militar, o qual impetrou incontáveis violações a direitos humanos e fundamentais.

O Golpe Militar brasileiro de 1964 foi um dos precursores, ficando a instituição do seu Estado de Exceção apenas atrás do Paraguai (1954). Tal regime cometeu inúmeras violações aos direitos humanos, principalmente, sequestros, seguidos de torturas e mortes. Dessa forma, faz-se imprescindível, ao fim destes Estados de Exceção e retomada do Estado Democrático, uma Justiça de Transição para retificar as barbaridades cometidas.

O direito fundamental à memória e à verdade surge neste contexto de retorno do poder aos civis, em que há a exigência da busca pela verdade, responsabilização, correção e reparação pelas violações perpetradas, sedimentando a devida memória.

Neste sentido, cumpre registrar a existência de uma forma de manutenção – principalmente, no íntimo da família do *de cuius* - do legado negativo do regime militar: os atestados de óbito de desaparecidos durante o referido período, os quais constam motivos não condizentes com a realidade, no campo destinado à *causa mortis*.

Insta, pois, verificar se o direito à memória e à verdade é o caminho para conhecer e corrigir essa herança de graves desrespeitos aos direitos humanos e fundamentais, bem como para evitar repetições de tais atrocidades, firmando sua fundamentalidade perante o ordenamento jurídico pátrio e, por conseguinte, a imediatividade de sua aplicação.

Assim, inicialmente, será traçada uma breve evolução dos direitos fundamentais com anotações de aspectos de seu conceito.

Posteriormente, verificar-se-á a decorrência da fundamentalidade do direito à memória e à verdade, dando enfoque à sua definição, à fixação de seus limites, ao contexto da Justiça Transicional a que se insere e às peculiaridades de seus titulares.

Por fim, passa-se, a partir da análise da primeira decisão judicial, proferida pela 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo – SP, que retificou a *causa mortis* da certidão de óbito de um falecido da ditadura militar brasileira, a abordar doutrinariamente a eficácia plena e a aplicabilidade imediata do direito fundamental à memória e à verdade.

1. Aspectos conceituais e breve evolução dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgem, na Idade Moderna, com a vitória do Estado Liberal sobre o Absolutismo reinante na França, tendo como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹ de 1789, a qual viria a ser o preâmbulo da Constituição francesa de 1791. Assim, os direitos reivindicados ao longo do século XVIII foram formalizados no texto constitucional, garantindo o fundamental ao homem e protegendo-o das autoridades detentoras de poder para que estas não lhe afrontassem qualquer aspecto de sua individualidade.

Com efeito, a autonomia humana não estava mais soterrada pela superioridade estatal e, dessa forma, a liberdade fora consagrada como direito fundamental. Não por acaso, a primeira geração² de direitos fundamentais, cujo domínio estendeu-se por todo o século XIX, foi a referente às liberdades do indivíduo (direitos civis e políticos), exigindo uma abstenção do Estado e limitando os seus poderes, o que fez os direitos pertencentes a esta geração serem conhecidos como direitos negativos e direitos de defesa.

Neste ponto, cumpre registrar lição de Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 106), que salienta não se tratar de exclusão da figura do Estado, mas do reconhecimento por este da necessidade de respeitar os interesses do indivíduo:

Os direitos fundamentais resolvem conflitos entre os interesses dos particulares e o Estado, e fazem isto, essencialmente, defendendo a pessoa humana contra os interesses estatais, o que não deve ser entendido como uma negação do Estado, senão como sua submissão aos interesses dos particulares.

Retomando a evolução dos direitos fundamentais a partir do critério histórico de Karel Vasak (*apud* SARLET, 2009, p. 51), vale dizer, considerando-se a classificação que remete o surgimento de seus direitos fundamentais a cada tipo de Estado de Direito, tem-se que a

¹ No contexto da formalização dos direitos fundamentais, não se pode olvidar do Constitucionalismo americano e de sua Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 (posteriormente, Constituição de 1787). Assim como a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, resta indubitável a importância de todas as revoluções liberais ocorridas no momento histórico em comento. Todavia, este estudo ressaltou o marco por parte do Constitucionalismo francês por este ter tido um caráter mais geral, enquanto o americano preocupava-se especificamente com a situação particular das ex-colônias inglesas na América.

² Insta registrar posicionamento contrário, quanto à nomenclatura de “geração”, por parte de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 45), filiando-se à abordagem de Paulo Bonavides: “[...] de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. Ocorre que padece de racionalidade qualquer discurso neste sentido. Ora, nunca foi crível, por exemplo, pensar que, quando do alcance dos direitos sociais, os individuais foram abolidos. Incontestavelmente, o processo é de complementaridade entre os direitos das três gerações: “A teoria que descreve essa evolução tem caráter meramente didático e não deve servir para cristalizar a imagem de que os direitos sucessores dos anteriormente reconhecidos vieram substituí-los ou que existe alguma relação de hierarquia entre eles” (DUARTE, 2012, p. 427). Na esteira da mais correta técnica, portanto, adota-se a denominação original de Karel Vasak.

segunda geração teve início com os movimentos sociais do final do século XIX decorrentes das desigualdades econômicas e sociais geradas pela burguesia e o capitalismo (Revolução Industrial). Era preciso que o Estado Liberal deixasse de ser apenas um mero limite ao exercício do poder político para passar a intervir, definindo ações positivas, com o fito de alcançar a igualdade material. Destarte, no começo do século XX, são consagrados os direitos econômicos, sociais e culturais, constituindo a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Nos dizeres de Antonio-Enrique Perez Luño (2007, p. 20):

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).

E o mesmo autor, adiante, aponta os exemplos expressivos de Constituições relativas ao tipo de Estado então inaugurado:

La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado Liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919. Los derechos fundamentales (LUÑO, 2007, p. 39).

Finalizando a ordem de conquistas dos direitos fundamentais fundada no lema da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, aponta-se, a partir do final do século XX, a terceira geração que, após o testemunho pela sociedade mundial dos horrores da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), buscou o equilíbrio entre os dois tipos de Estado de Direito até então vivenciados. Instituiu – se, pois, o Estado Democrático de Direito com predominância dos direitos de titularidades difusa e coletiva, como exemplo: direito ao meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, direito à paz, direito ao desenvolvimento, entre outros, com destaque ao direito à memória e à verdade.

2. Direito fundamental à memória e à verdade e Justiça de Transição

Um dos pontos essenciais do conceito de direitos fundamentais, como visto, é a disposição de suas normas na Constituição de cada Estado. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 - CF/88, em seu art. 5º, §2º, aduziu 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”, estabelecendo uma cláusula de abertura material, enunciada também por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.77):

Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Neste sentido, o direito fundamental à memória e à verdade, objeto de estudo deste artigo, tem sua posição constitucional garantida pelo dispositivo citado, decorrendo sua fundamentalidade do regime democrático e de direito, dos princípios da cidadania e da dignidade humana, preconizados no art. 1º da CF/88, e do princípio da publicidade, presente no art. 37 da CF/88. Agregue-se a esse valor essencial à sociedade a proveniência mais concreta atinente ao direito à informação (arts. 5º, XIV e XXXIII e 220 da CF/88³).

Outra semelhança para com o direito à informação e ao acesso desta, além do cerne “direito a saber”, são os limites encontrados, sendo: a honra, a intimidade, a privacidade, a imagem, o anonimato, o direito de resposta, a vedação de necessidade de licença e de autorização, a censura, a indenização moral e material, a prescrição dos crimes, o direito ao esquecimento, o direito a não saber e os casos de segurança nacional.

No que tange ao conceito, foi no direito humanitário internacional sua primeira expressão, através do Protocolo Adicional I de 1978, ao Convênio de Genebra, para pessoas vítimas dos conflitos armados internacionais, *in verbis*:

Artículo 32: Principio general

En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.

Outrossim, cita-se a definição de Martha Carvalho Dias de Figueiredo (2010, p. 431): “O direito à verdade se constitui no direito fundamental de acesso a informações que se encontram em poder do Estado ou entidades privadas que detenham informações de interesse

³ Art. 5º, XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Art. 5º, XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição”.

público”. Todavia, o direito à verdade não se limita ao direito de conhecer a realidade, vale dizer, de elucidar os acontecimentos por meio de provas robustas. É imprescindível que ocorra a retificação dos fatos com a consequente e devida reparação. De fato, ensina Gabrielle Tatith Pereira (2012, p. 17, grifou-se) que o processo da obtenção da verdade “[...] tem início com o acesso amplo à informação, passa pelo seu adequado tratamento (verificação, seleção, etc.) e culmina com a apresentação à sociedade de uma obra que **(re)constrói** a verdade sobre o período autoritário, permitindo-lhe uma **construção** de sentido desse passado”. Resta claro que a correção é uma fase de suma importância para conquista de fato do direito à memória e à verdade.

Acerca do elo entre a memória e a verdade, tem-se: “Resgatar a memória com verdade também é fundamental para elucidar o que é inconsciente e irracional, passando-se à consciência para transcendê-los” (BARBOSA, 2008 p. 29). A memória seria, assim, a transmissão em si do passado, isto é, “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de escolha” (LEAL, 2012, p. 62).

Além do mais, o direito à memória e à verdade deve ser enquadrado no contexto da Justiça Transicional ou de Transição, a qual confere autonomia àquele, isto é, o ambiente em que este direito deve ser empregado é o da superação do Estado de Exceção – período da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que houve graves violações aos direitos humanos - e abertura para o Estado Democrático, envolvendo⁴: revelação da verdade (abertura de arquivos do período e criação de comissões da verdade imparciais); responsabilização pessoal dos responsáveis perpetradores de graves violações aos direitos humanos; reparação patrimonial às vítimas e familiares; reforma institucional (tirar do comando quem propagava e executava essas ideias); instituição de espaços de memória para as gerações futuras saberem que o terror já passou por aquele estado; pedido oficial de desculpa; recomendações ao Estado de políticas públicas para que as violações a direitos humanos nunca mais aconteçam (LEAL, 2012, p. 188).

⁴ Como exemplos de ações da Justiça de Transição brasileira, há: o Programa Nacional de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – PNDH 3, a Lei nº 9.140/1995, cujo objetivo era reconhecer como mortas as pessoas desaparecidas de 02/09/1961 a 05/10/1988, a Lei de Acesso à Informações (Lei nº 12.527/2011) e a Lei que cria a Comissão Nacional da Justiça (Lei nº 12.528/2011).

Com efeito, a Justiça de Transição prima pela investigação e divulgação, fomentando o trinômio verdade/memória/justiça para, além de reparar e punir, construir a identidade transparente e solidificada de uma sociedade democrática.

Concernente à titularidade, o direito fundamental à memória e à verdade possui âmbitos diversos de incidência. Analogamente ao direito à saúde, como se verificará adiante, sua índole pode ser individual, quando relativa à vítima e à família; ou ter um aspecto coletivo⁵, em que se destaca, por exemplo, o direito de filhos de mortos da ditadura militar a receber ações positivas do Estado, como bolsas de estudo; e, ainda, um caráter difuso⁶, isto é, a sociedade tem o direito à verdade a fim de compromissar-se para com temas que são configurados como atentatórios à vida e à dignidade humana. A explicitada natureza variada da titularidade é depreendida do posicionamento de Clarice Seixas Duarte (2012, p. 423):

[...] o direito à saúde pode ser reconhecido como um autêntico direito público subjetivo, exigível em juízo, tendo como objeto não apenas prestações de natureza individual (pelo menos ao mínimo existencial), mas políticas públicas que constituem objeto primário dessa categoria de direitos, tratando-se de um direito de titularidade ao mesmo tempo individual, coletivo e até difuso.

Para este estudo, contudo, apenas a titularidade individual será o foco, uma vez que a decisão judicial analisada diz respeito ao direito da família (no caso, a viúva) saber a verdade acerca da morte de seu ente (marido) e de exigir as condutas corolárias da revelação correta.

Não obstante, antes de adentrar na crítica da decisão judicial, é válido salientar que a afirmação de que o direito à memória e à verdade é um direito fundamental implica que ele deve ser aplicado imediatamente, mesmo quando na sua versão difusa, nos termos do art. 5º, §1º da CF/88, a saber: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁷.

Com efeito, embora constante no final do Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, a literalidade do dispositivo aludido revela que a aplicação imediata

⁵ Art. 81,II da Lei nº 8.078/1990: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

⁶ Art. 81, I da Lei nº 8.078/1990: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

⁷ Em igual sentido, os seguintes ordenamentos: Constituição Federal da Alemanha – art. 1º, item 3: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”; Constituição portuguesa – art. 18, item 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” e Constituição espanhola – art. 53, I, primeira parte: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

deve incidir sobre todo o Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, qual seja, sobre os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Frise-se, a redação do art. 5º, §1º da CF/88 é igual a do Título II da CF/88 e diferente da do Capítulo I da CF/88. Neste sentido, Clémerson Merlin Clève (2006, p. 31): “Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público. Por isso, o disposto nos §§ 1º. e 2º. do art. 5º. da CF/88 incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais)”.

Por outro lado, eventual argumento acerca do dever de obediência à técnica legislativa, trazida pela Lei Complementar nº 95/98, de os parágrafos ligarem-se somente ao *caput* do artigo, não pode ser utilizado sozinho para ser óbice à interpretação literal e teleológica. A ementa desta Lei Complementar é clara ao estabelecer seu âmbito de atuação, sendo os atos normativos do art. 59 da CF/88, ou seja, emendas à Constituição, leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções. Em momento algum, há vinculação da redação original da CF/88, mesmo porque esta data de 1988, enquanto a Lei Complementar nº 95, de 1998.

Outrossim, Nagib Slaibi Filho (2013, p. 5) assevera que a técnica de redação da Constituição de 1988 foi de base doutrinária (Hésio Fernandes Pinheiro e José Queiroz Santos) e que a redação do legislador constituinte falhou em diversos dispositivos, inclusive na posição topográfica do parágrafo 1º do art. 5º.

Destacando a fragilidade da técnica legislativa, enquanto argumento solitário, quando todos os outros apontam em sentido oposto, Ingo Sarlet (2009, p. 82) conclui: “por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo”.

Se assim não fosse, os outros parágrafos do art. 5º não poderiam ser aplicados aos demais direitos, posto referidos apenas ao Capítulo I da CF/88, e é sabido que, por exemplo, podem decorrer (art. 5º, §2º da CF/88) direitos fundamentais de direitos sociais expressos (Capítulo II da CF/88).

Dessa maneira, as normas constitucionais de direitos fundamentais, notadamente o direito à memória e à verdade, possuem estrutura para aplicação imediata:

As normas sobre direitos fundamentais são de *aplicação imediata*”, conforme o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta

ou insuficiência de lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto à delimitação frente a outros direitos. (KRELL, 1999, p. 243).

Oportuno atentar, finalmente, que os efeitos jurídicos devem obedecer às características normativas e estruturais da norma, de onde decorrerão as distinções na graduação da aplicabilidade e eficácia.

3. Análise da decisão judicial paradigmática

Neste ponto, passa-se a analisar criticamente a decisão judicial da 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo – SP, que determinou a retificação da *causa mortis* da certidão de óbito de João Batista Franco Drumond com base na eficácia plena e aplicabilidade imediata do direito fundamental à memória e à verdade.

Para tanto, cumpre contextualizar o caso, de acordo com o que aponta o relatório resultante do estudo de onze anos da Comissão da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - instituída pela Lei 9140/1995 - e intitulado de “Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos” (2007, p.422-424), a saber: nos dias 14, 15 e 16 de dezembro de 1976, em São Paulo, ocorreu uma reunião do Partido Comunista do Brasil – Pcdob, que estava sendo vigiada pelos militares. À medida que os dirigentes saíam, eram sequestrados. Assim aconteceu com João Batista Franco Drumond, no dia 15 de dezembro de 1976, sendo levado para o Destacamento de Operações de Informações- Centro de Operações de Defesa Interna - DOI-CODI, torturado e morto.

No entanto, como o Regime Militar já tinha recentemente indicado dois suicídios (o de Vladimir Herzog⁸ e Manuel Fiel Filho) nas dependências do DOI-CODI, aquele temeu alguma insurgência por parte da sociedade e mudou a costumeira desculpa de suicídio para a de que João Batista Franco Drumond tentara fugir, quando da invasão dos militares, subindo a caixa d'água da casa, onde a reunião acontecia, e, ao cair, fraturou o crânio, sendo a causa da morte: traumatismo craniano. Esta estapafúrdia escusa consta na certidão de óbito de João Batista Franco Drumond e é a sua retirada para que, em seu lugar, conste o verdadeiro motivo da morte de seu esposo o motivo pelo qual a viúva ajuizou a Ação de Retificação de Registro Civil nº 0059583-24.2011.8.26.0100, que fora julgada procedente pelo juízo da 2ª Vara de

⁸ Sentença no mesmo sentido da ora estudada foi proferida nos autos do processo nº0046690-64.2012.8.26.0100.

Registros Públicos da Comarca de São Paulo – SP, a partir do fundamento da eficácia direta e aplicabilidade imediata do direito fundamental à memória e à verdade, com base no art. 5º, §1º da CF/88.

Neste diapasão, tem-se a decisão judicial paradigmática:

Processo:	0059583-24.2011.8.26.0100
Classe:	Retificação de Registro Civil
Área:	Cível
Assunto:	Registro Civil das Pessoas Naturais
Local Físico:	22/06/2012 16:26 - Tribunal de Justiça de São Paulo
Distribuição:	Direcionada - 15/12/2011 às 09:16 2ª Vara de Registros Públicos - Foro Central Cível
Valor da ação:	R\$ 1.000,00
Repte:	Maria Ester Cristelli Drumond Advogado: EGMAR JOSE DE OLIVEIRA
Publicação da sentença:	20/04/2012

Julgada Procedente a Ação - Sentença Completa

Vistos. **Trata-se de ação promovida por MARIA ESTER CRISTELLI DRUMOND em que pretende a retificação do assento de óbito de seu falecido marido JOÃO BATISTA FRANCO DRUMOND para que conste que faleceu nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo e para que a causa morte seja retificada para morte "decorrente de torturas físicas"**. Junta documentos com a petição inicial. Trata-se do óbito de seu falecido marido lavrado em 18 de dezembro de 1976, constante do livro 18, às fls. 138v, do Cartório do Registro Civil do 20º Subdistrito Jardim América. Durante a instrução foi colhida prova oral 160/169. A autora apresentou já em audiência seus memoriais finais. O Ministério Público manifesta-se pela procedência em parte do pedido. Afirma que é possível a retificação do local do óbito, bem como afirma estar comprovado o local em que ele ocorreu. Quanto à "causa mortis" afirma não haver previsão legal para o quanto pretendido pelo autor, bem como sustenta não haver prova segura para sua pretensão (fls. 173/175). É, em breve síntese, o que cumpria relatar.

FUNDAMENTO E DECIDO. A questão do local do óbito encontra-se amplamente comprovada nos autos. Com efeito, a prova oral é segura em demonstrar que a vítima faleceu nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo. Neste ponto, o depoimento de Wladimir Pomar é fundamental para que se compreenda o local da morte: afirmou a testemunha que se encontrava com a vítima em reunião do Partido Comunista, ocasião em que foram embora juntos do local. Chamou a atenção da testemunha que a vítima possuía um saquinho de biscoito e que este saco de biscoito foi onde a vítima colocou exemplares do jornal "Classe Operária". Posteriormente, naquela mesma noite, foram presos (cada um em um local) e a testemunha ouviu de um carcereiro que havia sido preso alguém com um saquinho de biscoitos e dentro o jornal "Classe Operária" (fls. 161/162). Ainda, a testemunha Haroldo disse, às fls. 163, que também se encontrava na mesma reunião e no mesmo dia em que houve a prisão. Afirma que no dia seguinte fora enviado para o Rio de Janeiro e que, no avião, identificou que se encontravam no avião Pomar, Aldo e Elza Monerrat, mas não estava a vítima Drumond. Também a testemunha Aldo, às fls. 165, afirma que sua sessão de tortura foi subitamente interrompida e que percebeu que havia algo errado acontecendo no local. Após a tortura, foi levado para uma sala em que ficou algemado e lá pode perceber que havia uma reunião acontecendo e depois entendeu que se tratava da reunião para

decidir sobre como lidar com a morte de Drumond. Nilmário Miranda e Paulo Abrão, por sua vez, atuaram nos processos relativos à análise dos direitos dos anistiados políticos. Seus depoimentos confirmam que, na qualidade de julgadores destes processos administrativos, ficaram convencidos do falecimento de Drumond nas dependências do DOI/CODI. A questão do local do falecimento encontra-se amplamente comprovada nos autos. Neste ponto o representante do Ministério Público, inclusive, manifesta-se favoravelmente à pretensão da autora. **Resta a questão da causa mortis.** Aqui, dois são os óbices apresentados pelo representante do Ministério Público: a) ausência de prova e **b) ausência de previsão legal.** Vejamos cada um dos pontos. Quanto à ausência de prova, não me parece acertada a manifestação ministerial, com a devida vênia. Nilmário Miranda em seu depoimento esclarece que o julgamento administrativo foi unânime no sentido da responsabilidade do estado pelo homicídio ocorrido nas dependências do DOI/CODI em decorrência da tortura. É importante notar, inclusive, que não se trata de simples opção política pela via "a" ou "b", mas de manifestação do direito à memória e à verdade, tanto que na comissão que julgou este caso havia membro das Forças Armadas e que votou favoravelmente à pretensão da autora. Também, da mesma forma, é importante notar que há sentença proferida pela Justiça Federal em 1993 da lavra da Dra. Marianina Galante (fls. 37/50) que reconhece ter havido tortura no presente caso. Então, com a devida vênia, entendo que o primeiro óbice apresentado pelo representante do Ministério Público encontra-se superado. **Quanto ao segundo ponto, entendo que se trata do principal tema a ser observado neste caso:** analisar o que efetivamente pode integrar a certidão de óbito como causa mortis. Aqui, a posição do representante do Ministério Público mostra-se dotada de estrita técnica e para a maioria dos casos envolvendo esta questão, não tenho dúvidas que a solução seja de improcedência. Vale dizer: certidão de óbito não é local para discussão atinente a crime ou qualquer outro elemento passível de questionamento ou interpretação jurídica. É dizer: no atual sistema jurídico, não podem as partes pretender a retificação de certidão de óbito para que se conste que a pessoa morreu em decorrência de latrocínio, ou homicídio, ou qualquer outro elemento. **No entanto, há detalhe neste caso que o torna diferente de todos os outros existentes no país. Este caso liga-se ao chamado Direito à Memória e à Verdade** e, acima de tudo, liga-se à relação do sistema jurídico interno com a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. No Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, houve a condenação do Estado brasileiro em 24.11.2010. Nesta sentença ficou reconhecido que: "El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma." (p. 116). **Vale dizer, há sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que determina que o Brasil efetive medidas para o reconhecimento do Direito à Memória e à Verdade.** Daí a particularidade deste caso que o afasta de todos os demais com pretensões similares. Não se trata de discutir se tortura pode ser incluída como "causa mortis" ou não. Trata-se de reconhecer que, na nova ordem jurídica, há tribunal cujas decisões o Brasil se obrigou a cumprir e esta é mais uma destas decisões. Assim é a lição de André de Carvalho Ramos que ensina que "Já no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme dispõe expressamente o artigo 68.1 da seguinte maneira: 'Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes'" (RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos, 2ª edição, São Paulo, Editora Saraviva, p. 235). Também é importante notar que neste mesmo julgado da Corte, o juiz Roberto de

Figueiredo Caldas em seu voto faz importante advertência: "31.É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas." **Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido para determinar a retificação da certidão de óbito de fls. 21 para que onde se lê "falecido no dia 16 de dezembro de 1976 na Av. 9 de Julho c/R;Paim" conste "falecido no dia 16 de dezembro de 1976 nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo" e onde se lê causa da morte "Traumatismo craniano encefálico" leia-se "decorrente de torturas físicas".** Após certificado o trânsito em julgado, concedo o prazo de até 30 (trinta) dias para a extração de cópias necessárias. Custas à parte autora. ESTA SENTENÇA SERVIRÁ COMO MANDADO, desde que por cópia extraída pelo setor de reprografia do Tribunal de Justiça, assinada digitalmente por este(a) Magistrado(a) e acompanhada das cópias necessárias ao seu cumprimento, inclusive da certidão de trânsito em julgado, todas numeradas e rubricadas, com certidão abaixo preenchida pela Sra. Coordenadora ao Sr. Oficial da Unidade do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais competente para que proceda às retificações deferidas. Outrossim, se aplicável, poderá nesta ser exarado o respeitável "CUMPRA-SE" do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Corregedor Permanente competente, ordenando seu cumprimento pelo Senhor Oficial da respectiva Unidade do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais. Ciência ao Ministério Público. Oportunamente, arquivem-se os autos. P.R.I.Certifico e dou fé que em caso de recurso deverá ser recolhido 2% do valor dado à causa, sendo que o mínimo são 05 UFESPs (Lei 11.608, artigo 4º, inc. II, § 1º). Certifico ainda que o valor do porte de remessa ao Tribunal de Justiça é R\$20,96 por volume, a ser pago em guia própria à disposição no Banco do Brasil. (Provimento 833/04 do CSM). *Grifou-se.*

Depreende-se, partindo para uma abordagem crítica e doutrinária, que o Magistrado prolator da sentença em apreço, em sua fundamentação, assevera a existência de provas robustas, no que tange ao local do crime. Com efeito, as testemunhas;Wladimir Pomar, que foi preso no mesmo dia de João Batista e outros, os quais, com exceção de João Batista, tiveram a mesma condução, no dia seguinte, para o Rio de Janeiro, e Aldo, que afirmou ter tido sua tortura suspensa para que seu torturador decidisse o que seria feito do corpo de João Batista, que morrera durante a tortura; provaram que a morte não se deu à beira da caixa d'água da casa, onde a reunião do PCdoB ocorreu, em 1976, e sim dentro do DOI-CODI e em virtude de tortura.

Também foram colacionadas provas documentais, a exemplo do procedimento administrativo, em que a decisão foi unânime no sentido da responsabilidade do Estado pelo homicídio de João Batista. Esclarecem os membros, Paulo Abraão e Nilmário Miranda, que, na comissão que julgou este caso, havia inclusive membro das Forças Armadas. Outro documento citado é a sentença proferida pela Justiça Federal, em 1993, em que fora reconhecida a ocorrência de tortura no presente caso.

Verifica-se, dessa forma, que o Juiz buscou corretamente os primeiros passos do direito à memória e à verdade, vale dizer, houve investigação, documentos foram colhidos, testemunhas oitivadas; porém, o processo não estava concluído e não deixou de sê-lo, em que pese a alegação pelo Ministério Público de que inexistia previsão legal para que se retificasse a *causa mortis* na certidão de óbito de João Batista Drumond. Em outras palavras, caso preponderasse o parecer ministerial, o direito à memória e à verdade não seria integralmente respeitado, tendo em vista que a fase da correção não se perfazeria e, assim, não restaria resguardada a real memória.

Ora, o Ministério Público procurava uma fundamentação infraconstitucional para anuir ao pedido da autora, quando a autorização já partia do topo do ordenamento jurídico pátrio. O julgador tão somente aplicou imediatamente um direito fundamental com eficácia plena para concluir sua atuação: “Como direito fundamental, o direito à verdade possui aplicabilidade imediata e plena eficácia (art. 5º, §1º, da CF), de modo que prescinde de qualquer intermediação legislativa para sua concretização, viabilizando plena exigibilidade em juízo” (FIGUEIREDO, 2010, p. 436).

A sentença cita, ainda, decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário pelo Pacto de São José da Costa Rica, que houvera condenado a União no caso Araguaia para que o Brasil efetive medidas para a aplicação imediata do direito fundamental à memória e à verdade. Não cumprir tal *decisium* é a resistência apontada por Martha Carvalho Dias de Figueiredo (2010, p. 437): “Símbolo da resistência estatal à plena eficácia do direito fundamental à verdade é a manutenção indefinida ou por período de tempo excessivo do sigilo sobre os arquivos da ditadura militar pelo Estado brasileiro” (2010, p. 437).

Esse reconhecimento de normatividade suficiente para regular o caso concreto é o que a doutrina chama de eficácia jurídica. Corroborando ao exposto, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 75):

Eficácia jurídica é um atributo associado aos enunciados normativos e convite naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles. O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que o comando normativo pretende produzir e as condutas que o realizam e que, por qualquer razão, não vieram a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pelo dispositivo e as condutas necessárias para torná-lo real e solicitar ao Judiciário que os produzisse no mundo dos fatos, coativamente.

Contudo, essa capacidade teórica para produzir efeitos jurídicos não se confunde com a eficácia social. Esta é a obediência efetiva da norma pela sociedade, que bem define

Gregorio Peces-Barba Martínez (2004, p. 46): “La eficacia es un concepto ambivalente utilizado em la teoría del Derecho para señalar la influencia del Derecho sobre la realidad social o al contrario de la realidad social sobre el Derecho”.

Neste sentido, o direito fundamental à memória e à verdade está contido, considerando as primeiras classificações das normas quanto ao alcance de sua eficácia e aplicabilidade, nas normas auto-aplicáveis ou normas auto-executáveis, categoria defendida por Ruy Barbosa, influenciado pela doutrina americana do século XIX (*self-executing, self-acting ou self-enforcing*), significando a eficácia da norma sem ação do legislador; ou nas normas bastantes em si mesmas de Pontes de Miranda (SARLET, 2009, p. 244).

Ato contínuo, superando as críticas de que a nomenclatura clássica levava a idéias dissonantes para com a realidade - por exemplo, as normas não auto-aplicáveis pareciam, com essa denominação, não ter eficácia alguma, além de a divisão clássica não atender à realidade das Constituições sociais -, José Horácio Meirelles Teixeira propôs outra classificação com nomes mais específicos (normas plenas e normas limitadas) e incluiu as normas programáticas. Neste ponto, pode-se enquadrar o direito à memória e à verdade nas chamadas, normas de legislação, em que o conteúdo é matéria de organização da Constituição e seus direitos e garantias fundamentais (TEIXEIRA, 1991, p. 323).

Por fim, sem detrimento das posteriores classificações, a exemplo da que identifica os direitos fundamentais como normas constitucionais definidoras de direitos (BARROSO, 2006, p. 95), mas registrando a suficiência de seus ensinamentos ainda da década de 1960, tem-se a tríade de José Afonso da Silva: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral (passíveis de restrição) e normas de eficácia limitada ou reduzida e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Para este estudo, interessa as normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, que "incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade" (SILVA, 1968, p. 94). O direito à memória e à verdade enquadra-se, portanto, nesta categoria e, como analisado na sentença em comento, prescinde de qualquer legislação infraconstitucional para difundir seu efeito e recair sobre a solução de um litígio.

Conclusão

Diante do caso concreto analisado, tem-se que a retificação da *causa mortis* na certidão de óbito de mortos da ditadura militar decorre diretamente da eficácia plena e aplicabilidade imediata do direito fundamental à memória e à verdade, estando a sentença em análise em total conformidade com a ordem constitucional pátria, notadamente com os parágrafos 1º e 2º da CF/88, bem como com os ensinamentos doutrinários.

Com efeito, verificar a força da aplicação do direito à memória e à verdade importa em indicar a fundamentação jurídica a que a sociedade brasileira deve embasar-se para que avance no conhecimento da verdade dos fatos criminosos ocorridos na vigência da Ditadura Militar brasileira e exija a respectiva retificação. Cada correção revela-se como um alerta para dar notoriedade à situação pretérita indevida e, por conseguinte, para evitar que aos casos de violação aos direitos humanos e fundamentais voltem a ocorrer, garantindo a transmissão para o presente e futuro de um passado real.

O direito em comento, focado sob o prisma da Justiça Transicional, é o que permite que o Estado seja forçado a entregar documentos relativos a desaparecimentos, a assassinatos, a crimes de tortura e crimes sexuais, entre outros, e seja obrigado a praticar atos de correção e a tomar medidas de responsabilização e reparação que revelem toda a verdade sobre o passado e, dessa maneira, a sociedade possa de fato sedimentar seus valores democráticos.

Restou evidenciado, nesta toada, que, a partir da fundamentalidade do direito à memória e à verdade, o núcleo familiar do *de cuius* e (mediatamente) a sociedade puderam traçar o caminho para esclarecer fatos ocorridos durante o regime autoritário. A retificação da *causa mortis* no atestado de óbito de João Batista Franco Drumond de “traumatismo craniano encefálico” para “morte decorrente de torturas físicas” é o reconhecimento e a materialização de normatividade suficiente do direito em tela para regular o caso concreto sem necessidade de legislação infraconstitucional.

Referências

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Direito à memória e à verdade. **Revista de Direitos Humanos**, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil., v. 1, dez. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar; 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

_____. **Lei Ordinária nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. **Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54. São Paulo: RT, jan/mar 2006, p. 28-39.

CONSTITUTE. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 04.nov.2013.

DUARTE, Clarice Seixas. O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. **Revista Pensar**, v. 17, n. 2, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, jul./dez. 2012, p. 420-451.

FIGUEIREDO, Martha Carvalho Dias de. Efetividade do direito fundamental à verdade e o princípio do Estado de Direito. **Revista Ciência Jurídica**, ano 24, n. 151. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica Ltda., jan/fev 2010, p. 431-439.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos servidores públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 144. Brasília: Senado Federal, out/dez 1999, p. 239-260.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. (Colección: temas clave de la Constitución española).

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

Organização das Nações Unidas. **Protocolo Adicional I, de 07 de dezembro de 1978, ao Convênio de Genebra, de 12 de agosto de 1949.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo1.htm>> Acesso em: 04.nov.2013.

PEREIRA, Gabrielle Tatith. Verdade, verdade histórica e regimes ditatoriais: o direito fundamental à verdade nos processos de transição de estados de exceção para estados democráticos. **Revista Sociais e Humana**, ano 2012, v. 25, n. 1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, jan/jun 2012, p. 9-22.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de retificação de registro civil nº 0059583-24.20118260100**, 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo-SP, DJ: 20.abr.2012. Disponível em:<
<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S0005CI10000>>
Acesso em: 04.nov.2013.

SILVA. José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Comentário contextual à Constituição.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Norma constitucional.** Disponível em:
<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136>. Acesso em: 04.nov.2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.