



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual nº 3.909, publicado no D.O.E. nº 7.861, de 1º-12-2008

CAMPUS JACAREZINHO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

LUCAS OCTÁVIO NOYA DOS SANTOS

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:

A dissonância entre o ordenamento interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

JACAREZINHO – PR

2018

LUCAS OCTÁVIO NOYA DOS SANTOS

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:

A dissonância entre o ordenamento interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Tiago Cappi Janini

JACAREZINHO – PR

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

SANTOS, Lucas Octávio Noya.

Justiça de transição: a dissonância entre o ordenamento interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. / Lucas Octávio Noya dos Santos. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2018.

162 f.

Orientador: Prof. Dr. Tiago Cappi Janini

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2018.

Referências bibliográficas: f. 154

1. Lei de Anistia. 2. Inconvencionalidade. 3. Convenção Americana de Direitos Humanos. 4. Hierarquia constitucional. I. Janini, Tiago. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III. Título.

LUCAS OCTÁVIO NOYA DOS SANTOS

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:

A dissonância entre o ordenamento interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Tiago Cappi Janini

Orientador: Prof. Dr. Tiago Cappi Janini

Membro 2:

Membro 3:

Jacarezinho/PR, 16 de abril de 2018.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP

Aos meus pais, João Elias dos Santos Neto e Edir Noya dos Santos, os quais sempre me apoiaram e incentivaram. Aos meus amigos e alunos. Que se possa contribuir de alguma forma para a promoção e defesa dos Direitos Humanos.

AGRADECIMENTOS

O direito estuda as relações sociais, sua normatividade e o contexto político e histórico de uma determinada sociedade ou grupos de sociedades. E não há melhor forma de encontrar a vida do que por meio da arte. Sempre fui um grande fã de obras literárias, histórias em quadrinhos, música e o cinema. Lembro-me da primeira vez que foi ao cinema e me deparei com naves intergalácticas, missões espaciais e o fantástico universo de Star Wars, do qual aprendi o caminho dos Jedi e sua luta pela justiça e o equilíbrio.

Anos mais tarde, depois de ter assistido tantos e tantos filmes, passei a dar o devido valor ao pano de fundo e aos valores transpassados de geração para geração. Valores como respeito, gratidão, dedicação e, acima de tudo, a fé.

A fé é o que move a humanidade e sustenta sua existência no mundo, razão pela qual agradeço a Deus por iluminar o meu caminho e permitir que a cada novo desafio enfrentado eu perceba uma força existente em cada ser humano capaz de superar a dor transformando-a em alegria.

Ao meu pai, que me acompanhou durante todos os anos da minha vida e que dedicou seu tempo, sua preocupação e seu carinho. Festejamos dias felizes juntos e enfrentamos dias difíceis juntos. Enfrentamos os ventos uivantes, dias de frio cortante e de calor escaldante na estrada da fúria com coragem e fé na chegada aos portões de Valhalla.

Minha mãe, que me apoiou e incentivou em todas as minhas decisões, me encorajando a seguir no rumo certo com coragem e determinação. A rainha que me protege e direciona mesmo quando estava a uma distância quase comparada à Naboo e Coruscant.

Agradeço à minha irmã, Letícia, por investir seu tempo e sua dedicação e me acompanhando em batalhas que só Luke e Leia travariam.

Ao meu sobrinho, João Pedro, pelo companheirismo, paciência e por proporcionar os dias mais alegres da minha vida, rindo e brincando juntos, tal qual Mike Wazowski e Sully.

Ao todos os meus professores da graduação e grandes amigos. Em especial, Professor Florestan (quem sempre acreditou em mim, mesmo quando nem eu mesmo acreditava), Professor Marcelo Agamenon (quem me incentivou a seguir na carreira acadêmica), Professor Daniel Colnago (quem muito me ajudou quando eu mais precisava), Professor Caíque (pelo resumo sobre liberdade de expressão e por emanar tanto conhecimento e profissionalismo) e Professor Sérgio Tibiriçá Amaral (meu mentor e amigo, a quem devo cada conquista). Meus grandes mestres, muito a aprender com vocês eu ainda tenho.

A Clarice e Ana Yoshioka, duas pessoas que me ensinaram muito em meu processo de estágio docência e em quem me inspiro desde que conheci.

Ao meu amigo João Victor Mendes de Oliveira, quem me suportou durante longas viagens para assistirmos as aulas do mestrado juntos.

Aos meus amigos Alexia Domene Eugênio, Gustavo Martinez Borges, Henrique Miuki Koga Fujiki, Felipe Augusto Rodrigues de Mello, João Pedro Gindro Braz e Guilherme de Oliveira Tomishima. Juntos conseguimos um feito inédito: vencer a primeira competição jurídica de julgamento simulado. Não esqueçamos que juntos poderemos governar a galáxia.

A todos os meus alunos que me apoiam e incentivam, em especial Gabriel D'Arce Pinheiro Dib quem, junto ao Guilherme, nos representou realizando sustentações orais na Corte Interamericana de Direitos Humanos em nosso parecer jurídico.

Ao Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, instituição na qual me formei e que me acolheu de braços abertos.

A todos os meus professores do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Em especial, professor Vladimir Brega Filho pela aula excepcional e pelo incentivo. Ao meu professor e orientador Tiago Cappi Janini, quem me auxiliou em todo o processo de escrita e pesquisa deste trabalho, sendo muito leal a nossa pesquisa.

Finalmente, mas, não menos importante, à Natalina, pela pessoa incrível que é. Pelo empenho em nos acolher e nos orientar.

Aos meus colegas de mestrado, com quem tive a oportunidade de aprender a cada aula, discutindo ideias e debatendo diversos pontos de vista. Em especial, Alana Fagundes Valério, pelo companheirismo e por me aguentar durante todas as nossas viagens (desde o primário, diga-se). Ao Ricardo Utrabo, pela pessoa incrível que é, sempre disposto a ajudar e ao Igor Luz por debatermos e repassarmos várias aulas e conteúdos para melhorar nossos pontos de vista.

*Somente quem não soube a sombra é que
não reconhece a luz que é viver em um
Estado Constitucional e Democrático.*

(Luis Roberto Barroso)

SANTOS, Lucas Octávio Noya dos. **Justiça de transição**: a dissonância entre o ordenamento interno e o SIDH. 2018. Dissertação de Mestrado — Programa de Mestrado em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

Tendo como escopo a Justiça de Transição nos parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a presente pesquisa se propôs a responder o seguinte questionamento: Diante da dissonância entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Lei de Anistia deve ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal? Tal problemática se coaduna com a linha de pesquisa Estado e Responsabilidade do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, na medida em que se propõe a estudar criticamente as obrigações do Estado quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos no concernente a garantir aos seus jurisdicionados o acesso à justiça e à proteção judicial. A partir do método dedutivo e utilizando de pesquisa bibliográfica, doutrinária e da análise de casos, o primeiro capítulo teve como ponto inicial estudar o status constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte IDH no ordenamento jurídico brasileiro. Já o segundo capítulo passou a analisar os parâmetros internacionais para justiça de transição, sua definição, os Princípios de Chicago e, por fim, o posicionamento da Corte IDH sobre o tema com base na análise de seus *leading cases*, concluindo-se que a Corte IDH é pacífica no sentido de que leis de auto anistia violam a CADH e devem, portanto, serem retiradas dos ordenamentos jurídicos internos levando à cabo as investigações com a finalidade de identificar e punir os agentes de repressão estatal responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante os períodos de exceção. Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa se destinou a estudar o contexto histórico, político e social em que o ordenamento jurídico brasileiro estava inserido quando da promulgação da lei de anistia, o julgamento da ADPF nº 153 e os fundamentos de sua improcedência, assim como o julgamento da Corte IDH no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil com a finalidade de se determinar se a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) se enquadra ou não nos parâmetros da Corte IDH para justiça de transição. Uma vez constatado que a Lei de Anistia brasileira não se enquadra nos parâmetros da Corte IDH para justiça de transição, nem nos princípios de direito internacional dos Direitos Humanos, e também se verificando que afrontam as normas da CADH, a pesquisa concluiu que a Lei nº 6.683/79 é inválida quando utilizada para impedir as investigações, identificação e punição dos agentes de repressão estatal responsáveis por graves violações dos Direitos Humanos durante o período de ditadura militar, devendo a mesma ser retirada do ordenamento jurídico por meio do julgamento da ADPF nº 320 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Lei de anistia. Inconvencionalidade. Convenção Americana de Direitos Humanos. Hierarquia constitucional.

SANTOS, Lucas Octávio Noya dos. **Justiça de transição**: a dissonância entre o ordenamento interno e o SIDH. 2018. Dissertação de Mestrado — Programa de Mestrado em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

Having as scope the Transitional Justice in the parameters of the Inter-American Court of Human Rights, the present study proposed to answer the following question: Given the dissonance between the Brazilian legal system and the Inter-American Human Rights System, the Amnesty Law must be declared unconstitutional by the Federal Supreme Court? This problem is in line with the State and Responsibility research line of the Master's Program in Juridical Science of the State University of the North of Paraná (UENP), in that it proposes to study critically the obligations of the State when ratifying the American Convention of Rights Human Rights in relation to guaranteeing their jurisdictions access to justice and judicial protection. Based on the deductive method and using bibliographical, doctrinal and case analysis research, the first chapter had as its starting point to study the constitutional status of the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Brazilian legal system. In the second chapter, the analysis of international parameters for transition justice, its definition, the Chicago Principles and, finally, the position of the Inter-American Court on the subject based on the analysis of its leading cases, concluded that the Court is amicable in the sense that self-amnesty laws violate the ACHR and must therefore be withdrawn from internal legal systems by carrying out investigations to identify and punish state repression offenders responsible for gross violations of human rights during the periods of exception. Finally, the third chapter of the research was designed to study the historical, political and social context in which the Brazilian legal system was inserted when the amnesty law was promulgated, the ADPF judgment 153 and the grounds for its dismissal, as well as the judgment of the Inter-American Court in the case of Gomes Lund et al. Brazil with the purpose of determining whether Law No. 6.683 / 79 (Amnesty Law) falls within the parameters of the Inter-American Court of Human Rights for transitional justice. Once it was established that the Brazilian Amnesty Law does not fit the parameters of the Inter-American Court of Human Rights for transitional justice, nor in the principles of international human rights law, and also that it is verified that they meet the norms of the ACHR, the research concluded that Law no. 6.683 / 79 is invalid when it is used to prevent investigations, identification and punishment of state repression agents responsible for serious human rights violations during the period of military dictatorship, and it must be withdrawn from the legal system by judgment of the ADPF 320 pending before the Federal Supreme Court.

Keywords: Amnesty law. Inconvencionalidade. American Convention on Human Rights. Constitutional Hierarchy.

Lista de abreviaturas e siglas

ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH — Convenção Americana de Direitos Humanos

CBP — Convenção de Belém do Pará

CF — Constituição Federal

CIDH — Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNV — Comissão Nacional da Verdade

Corte IDH — Corte Interamericana de Direitos Humanos

CVDT — Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

CVR — Comissão da Verdade e Reconciliação

EC — Emenda Constitucional

OEA — Organização dos Estados Americanos

RE — Recurso Extraordinário

SIDH — Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SGPDH — Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

SUPDH — Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos

STF — Supremo Tribunal Federal

TPI — Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A FORÇA NORMATIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	17
1.1 Dualismo	20
1.2 Monismo Original	22
1.3 Monismo Nacionalista.....	28
1.4 Fragmentos Históricos Basilares ao SIDH.....	29
1.5 O Ordenamento Brasileiro e a CADH.....	32
1.5.1 Tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45	34
1.5.2 Tratados internacionais de Direitos Humanos posteriores à EC/45 ratificados com maioria de 3/5	44
1.5.3 Tratados internacionais de Direitos Humanos posteriores à EC/45 ratificados sem a maioria de 3/5	46
1.5.4 O Entendimento do STF no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP	50
1.5.5 Status da Convenção Americana de Direitos Humanos	61
2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS PARÂMETROS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	71
2.1 Definição e as Fases da Justiça de Transição	75
2.2 Princípios de Chicago.....	80
2.3 A Jurisprudência da Corte IDH sobre Justiça de Transição	84
2.3.1 Velásquez Rodríguez vs. Honduras	87
2.3.2 Barrios Altos vs. Peru	91
2.3.3 Almonacid Arellano vs. Chile	95
2.3.4 La Cantuta vs. Peru.....	101
3 LEI DE ANISTIA: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	105
3.1 Guerrilha do Araguaia	106
3.2 Lei de Anistia	109
3.3 A ADPF nº 153: OAB e a Lei de Anistia.....	113
3.4 Posição da Corte IDH sobre a Lei de Anistia Brasileira (Caso nº 11.552)	122

3.4.1	Falta de interesse processual.....	123
3.4.2	Incompetência temporal da Corte IDH.....	124
3.4.3	Ausência de prévio esgotamento dos recursos internos.....	126
3.4.4	Vedação à quarta instância	129
3.4.5	Os efeitos de uma violação no tempo: desaparecimentos forçados e a tortura	130
3.4.6	Acesso à justiça: o direito às garantias judiciais.....	135
3.5	Incompatibilidade da Lei de Anistia com o Direito Brasileiro.....	138
3.5.1	Hipótese do status de norma constitucional.....	138
3.5.2	Hipótese de status de norma supralegal.....	142
3.6	O Problema da Lei de Anistia em Pauta.....	144
	CONCLUSÃO.....	149
	REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

Ao longo da história recente, verificamos uma crescente busca pela internacionalização da defesa dos Direitos Humanos por meio de sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos, seja por meio do sistema universal ou mesmo pelos sistemas regionais. Isto se deve, principalmente, por conta das atrocidades cometidas contra a humanidade durante o período da segunda guerra mundial, a qual se tornou um precedente para a necessidade da salvaguarda dos Direitos Humanos além da jurisdição estatal. E, assim, surge a justiça de transição tal qual a conhecemos.

Contudo, embora os países da América Latina, e o próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos em geral, se utilize da base da Corte Europeia de Direitos Humanos, por meio do chamado “cross fertilization”, alguns países latino-americanos — o que inclui o Brasil — encontram certa resistência em se fazer aplicar internamente os Direitos Humanos pactuados em tratados internacionais ou mesmo aqueles aplicados por meio das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), esteja ela exercendo sua competência contenciosa ou consultiva, ainda que tais cortes tenham caráter subsidiário e complementar à jurisdição interna.

Inobstante o Brasil ter assinado a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969, em pleno exercício do governo militar, apenas em 1992 a CADH foi ratificada e, posteriormente, em 1998 sobreveio a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH.

Em meio a essa internacionalização dos Direitos Humanos, começam a emergir alguns problemas que ameaçam a desestruturação da efetividade da sua aplicação em âmbito interno. Desse modo, surge um dos grandes problemas atuais no direito, que é o conflito entre o direito interno e o direito internacional dos Direitos Humanos.

No Brasil, foi editada em 28 de agosto de 1979 a Lei n. 6.683/79 conhecida como Lei da Anistia, cujo propósito era anistiar os presos políticos e os agentes de repressão estatal. Todavia, essa lei colide com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente tendo em vista o julgado Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil da Corte IDH. Por outro lado, o STF julgou a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição Federal de 1988, quando da ADPF n.º 153, proposta pela OAB. Observa-se o conflito entre direito interno e internacional. Como resolver esse conflito? Eis o problema central da presente pesquisa.

Não se pode perder de vista que a proposta de pesquisa sobre este tema tem como pano de fundo a análise da responsabilidade do Estado em garantir a estruturação democrática, o livre acesso à justiça e aos direitos básicos por parte de seus jurisdicionados. No caso, na medida em que ratificou um tratado internacional de proteção dos Direitos Humanos, o Estado brasileiro se compromete com as suas normas e daí advém a responsabilidade internacional do Brasil, seja em sede de políticas públicas, ou juridicamente garantindo os Direitos Humanos aos cidadãos. Principalmente aqueles que foram deixados à margem da sociedade, seja por conta da repressão estatal durante o período regime militar, ou seja pela insistência do Estado brasileiro em não lhes prover o acesso à justiça, direito básico à essência do Estado Democrático de Direito, correspondendo a área de concentração do Programa de Pós-graduação em direito da UENP, na linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: questões críticas.

A partir do objetivo geral deste estudo, que consiste em analisar a relação entre direito internacional dos Direitos Humanos e direito interno, seus conflitos e confluências, a pesquisa tem como objetivos gerais (i) a análise da estrutura normativa das normas do sistema interamericano, (ii) a identificação da justiça de transição, e (iii) o estudo da lei de anistia e o seu conflito com o direito internacional. Para isso, dividiu-se esta dissertação em três capítulos.

O primeiro capítulo se destina a investigar qual a estrutura normativa das normas oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como escopo a hierarquia dos tratados internacionais, perpassando pelo monismo, dualismo e o monismo nacionalista, a partir do estudo do caso da prisão civil fundamentada em depositário infiel.

Fixado o entendimento de que a CADH possui status hierárquico equiparado ao de norma materialmente constitucional, a pesquisa iniciou o segundo capítulo examinando, precipuamente, a justiça de transição e seus elementos chave no direito internacional. A princípio, foram analisados os conceitos de justiça de transição e as fases históricas de sua formação, incluindo os Princípios de Chicago para justiça de transição para que se possibilite fazer uma comparação com a jurisprudência da Corte IDH. Ao final do segundo capítulo a pesquisa se preocupou em estudar os principais julgados que constituíram *leading case* sobre justiça de transição.

Se as normas advindas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos possuem hierarquia constitucional e a jurisprudência da Corte IDH é pacífica no sentido de que as leis de auto anistia violam a CADH, é necessário agora analisar o caso da lei de anistia brasileira

para que se possa afirmar se se enquadra neste parâmetro definido pela Corte IDH e, por conseguinte, conseguirmos aferir se a Lei nº 6.683/79 viola ou não a CADH.

Assim, o terceiro capítulo da pesquisa investigou o contexto histórico, político e social pelo qual passava o Brasil no período da promulgação da Lei de Anistia, incluindo o caso da Guerrilha do Araguaia. Assentado o contexto histórico da formação da Lei de Anistia brasileira, passou-se a esmiuçar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e a sua fundamentação básica, comparando-a com as razões de sua improcedência formuladas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no ano de 2010.

Por fim, com a observação do julgamento da ADPF nº 153, a pesquisa buscou analisar os pontos estruturais do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, no qual a Corte IDH condenou o Brasil a, dentre outras determinações, revogar a lei de anistia e dar início às investigações e aos julgamentos dos agentes estatais responsáveis por graves violações de direitos.

Utilizou-se do método de abordagem dedutivo, na medida em que se estabeleceram duas premissas chave para propiciar uma conclusão sobre o reflexo das decisões da Corte IDH no ordenamento jurídico brasileiro. Como método de procedimento, adotou-se o método estruturalista, verificando o assentamento jurisprudencial, doutrinário e bibliográfico sobre o tema para que, em seguida, se pudesse transpor tais entendimentos ao caso da Lei nº 6.683/79.

1 A FORÇA NORMATIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A assentar a força normativa ou coercitiva das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é de importância basilar tratar sobre a receptividade de suas normas regentes que são aquelas oriundas da Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que tal discussão culminará na inevitável determinação do status de tais normas e, por conseguinte, das determinações advindas não só das condenações internacionais oriundas do órgão jurisdicional interamericano, como também das opiniões consultivas. Algo que, por lógica, nos evidencia que esta questão conflituosa remonta a análise das bases filosóficas que sustentam os diferentes pontos de vista da doutrina brasileira.

Flávia Piovesan (2014, p. 50) estipula algumas questões dicotômicas nevrálgicas que envolvem o estudo da inserção da defesa dos Direitos Humanos no mundo moderno e, dentre eles, está o choque entre o universalismo e o relativismo cultural. Segundo a autora:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas.

Este aspecto é criticado pelos universalistas (PIOVESAN, 2014, p. 51) na medida em que se atribui a esta relativização cultural um meio de camuflar diversas violações de Direitos Humanos, algo que nos leva a pensar em qual a função dos sistemas normativos senão a uma busca pela servidão à humanidade, o que também nos conduz ao caminho inevitável da percepção construída por Kant.

Em seus escritos, há uma questão axiológica a partir da qual se define seu estudo da metafísica dos costumes: qual a necessidade da razão, se o instinto já é bom por natureza? Para responder a essa pergunta, logo no início de sua obra, Kant (2007) até cogita, apenas para fins reflexivos, que o instinto, ao contrário da razão, poderia levar à satisfação das necessidades humanas, tendo em vista que a própria natureza humana — que, na lógica kantiana, observando pela órbita de que um ser organizado é constituído por órgãos necessários ao meio para se alcançar um fim — nos revelaria, em tese, uma busca para um fim.

Porém, o significado da razão é revelado na medida em que a ação boa é aquela que se torna boa em si mesmo, sem que atenda a determinado fim e, para tanto, Kant nos empresta o exemplo do filantropo que vê a felicidade em ajudar os outros. Ora, a satisfação do bem alheio é, em última análise, a satisfação do bem próprio. Kant completa:

Se a natureza tivesse posto no coração deste ou daquele homem pouca simpatia, se ele (homem honrado de resto) fosse por temperamento frio e indiferente às dores dos outros por ser ele mesmo dotado especialmente de paciência e capacidade de resistência às suas próprias dores e por isso pressupor e exigir as mesmas qualidades dos outros; se a natureza não tivesse feito de um tal homem (que em boa verdade não seria o seu pior produto) propriamente um filantropo, — não poderia ele encontrar ainda dentro de si um manancial que lhe pudesse dar um valor muito mais elevado do que o dum temperamento bondoso? Sem dúvida! — e exactamente aí é que começa o valor do carácter, que é moralmente sem qualquer comparação o mais alto, e que consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever (2007, p. 28-29).

E, embora tendo um conceito filosófico distinto e defendendo premissas divergentes, partindo dos escritos kantianos — não necessariamente só deste trecho, mas dentro de todo o contexto semântico da moral e ética kantiana — é que Norberto Bobbio (2001) constrói seu estudo da norma jurídica estabelecendo as proposições prescritivas das quais é formado o ordenamento jurídico, contrariando Santi Romano (2008).

Para Bobbio, a norma é o átomo do Direito e, portanto, este deve ser visto sob a perspectiva normativa. Para exemplificar tal teoria, utilizamo-nos da mesma perspectiva estampada para assentar referida proposta: quando nos propomos a alcançar algum objetivo, definimos regras — e aqui tal definição prescinde de verificarmos se é movida pela razão ou pelo instinto — para superar os obstáculos, naturais ou não, que impedem ou nos direcionam em sentido contrário ao do resultado desejado. Bobbio lança vários exemplos em sua obra, dentre eles o atravessar de uma rua ou o enviar de uma carta. Percebe-se que tudo está envolto a um sistema normativo, tal qual o Direito.

Em contrapartida, Romano vê três elementos que configuram o Direito: sociedade, ordem e organização, de modo que se inaugura o fator preponderante para a existência do direito, que é a organização (Sociedade, ordem e organização). Porém, Bobbio esclarece que, se seguirmos por essa linha, teremos duas afirmações verdadeiras: a um, o Direito pressupõe a existência de uma sociedade, a dois, nem toda sociedade pressupõe o direito. Mas, Santi Romano, e aqui há a crítica de Bobbio ao estudo romaniano, de forma incongruente acaba por admitir que onde há sociedade também haverá o Direito.

De outra ponta, também em sentido contrário à teoria de Bobbio, há a teoria estatualista ou estatalista do Direito, a qual, fundada na filosofia do Direito de Hegel, determina que somente é Direito aquilo que emana do poder estatal.

Ambas as teorias — e que são contrárias às lições de Bobbio — não conseguem excluir o fato basilar da teoria normativa de Bobbio. Basta verificar que dizer que o direito é organização pressupõe a existência de normas instituidoras desta organização — normas estas que sevem para um determinado objetivo para o qual se propõe — e que, portanto, não afasta a teoria normativa do Direito.

Ainda no estudo de Bobbio, quando este explica a relação de equivalência da eficácia da proposição prescritiva com a sanção, verificamos a existência de uma profunda relação com a eficácia simbólica de uma condenação da Corte IDH, na medida em que a finalidade para a qual se destina assinatura e ratificação da CADH é a aproximação dos princípios de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) com aqueles Estados que se pretendem defensores dos Direitos Humanos. Ora, se a finalidade do Estado brasileiro é evidenciar sua preocupação com os Direitos Humanos, em não se respeitando a CADH, o Estado será tachado como violador de Direitos Humanos, ou seja, não se alcança o fim a que se propõe.

Embora se vá tratar da questão mais adiante, desde já alertamos para o fato de que inobstante a busca pela eficácia dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos ser um dos princípios que movem o SIDH, frise-se que é um erro inconsequente atrelar a eficácia de um sistema à sua validade ou como parâmetro de justiça. Para tanto, é básico em Bobbio a existência das várias possibilidades verificáveis em um sistema normativo no campo de sua validade, eficácia e justiça. Um sistema pode ser válido e justo sem ser eficaz, e vice-versa.

De fato, algumas imposições da Corte IDH são descumpridas, como será tratado mais adiante. Porém, na própria lição de Bobbio, a qual nos parece muito bem delineada, a normatização de uma garantia de sanção invocaria um processo infinito no qual, em última análise, sempre haveria uma norma que, a um, não é sancionável, ou, a dois, não representa o final do processo. O descumprimento das decisões da Corte IDH não significa a inexistência de eficácia do SIDH. E, ainda que se possa cogitar uma redução da sua eficácia, este não é uma problemática que, por si só, é capaz de obliterar todo o ordenamento interamericano de Direitos Humanos.

Até mesmo a busca de Flávia Piovesan (2014, p. 37) quando se propõe a alcançar um extrato dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos nos revela — ainda que de modo superficial, é verdade — a existência de acertos e falhas em referidos sistemas, o que nos

leva a partir do pressuposto de que a relevância do descumprimento de certas decisões da Corte IDH não compromete a estrutura que vem se solidificando ao longo dos anos.

Impossível verificar a força normativa de um sistema internacional tal qual se apresenta o SIDH sem antes assentar o grande conflito entre as duas correntes filosóficas que movem a discussão da relação entre direito internacional e direito interno: o dualismo e o monismo.

1.1 Dualismo

Um dos principais pontos que fazem surgir a divergência entre as teorias da relação dualista do direito internacional com o direito interno e a teoria monista advém da fonte da qual emanam as normas em questão. O primeiro autor que se utilizou da expressão “dualismo” foi Alfred Von Verdross e, posteriormente, Karl Heinrich Triepel se tornou o grande expoente da teoria dualista, ao reconstruir o fenômeno da mencionada relação normativa a partir de elementos específicos. São eles: (i) a vontade; (ii) a relação das regras de direito interno e direito internacional; (iii) as fontes das quais emanam cada um dos ordenamentos.

Triepel elenca a vontade como fonte normativa do direito em oposição às relações sociais, fazendo com que se divida o direito em razão de sua fonte particular da qual é emanado, possuindo, por conseguinte, objetivos diversos.

Já nas primeiras páginas é possível verificar que Triepel (1966, p. 14) considera como direito o aspecto normativo, aproximando-se, neste aspecto, de Bobbio — quando este advoga a teoria normativa do direito —, e reconhecendo como direito interno todas as normas que regem as relações sociais em uma comunidade nacional. E, a simples título de exemplificação, Triepel (1966, p. 15-16) faz uma análise das normas estatais, que, por sua vez, se dirigem a regular, a um, as relações entre seus jurisdicionados de modo horizontalizado ou, a dois, as relações dos jurisdicionados consigo mesmo, de modo verticalizado.

Sob outro prisma, as normas de direito internacional público — e aqui o autor excepciona o direito internacional privado — se destinam a regulamentar outras relações de natureza absolutamente distinta. Ou seja, estamos falando de normas que regem relações horizontais entre Estados.

Eis aqui o primeiro ponto fundante de sua teoria. Ora, a formação da norma jurídica interna provém de uma vontade única e soberana, qual seja, a vontade do Estado. Porém, a vontade única e soberana de um Estado não pode se sobrepor à outra vontade única e soberana

de outro Estado. A norma advinda desta relação é atribuída à vontade consensual de ambos os entes.

Pela própria natureza da tese, Triepel (1966, p. 16-18) é instado a enfatizar que, ao serem incorporados ao sistema normativo interno, os tratados internacionais são obrigatórios internamente não em razão da imposição internacional, mas da imposição do ordenamento interno, ainda que apenas se publique em diário oficial o conteúdo completo das disposições internacionais.

Apoiando-se precipuamente no direito inglês, Triepel (1966, p. 26) afirma

Além disso, se o direito internacional não se converte em direito interno, senão por efeito de uma lei, ou de decisões judiciais, é claro que uma contradição entre direito internacional e direito interno é, não somente possível, mas frequente. E, então, a regra jurídica que faz prevalecer um sobre o outro não pode ser duvidosa. Juízes e súditos são obrigados a aplicar, e a observar, mesmo o direito inglês contrário ao direito internacional; não é da alçada deles, mas do governo, preocupar-se com as dificuldades internacionais que disso possam resultar.

Ou seja, atribui-se a responsabilidade de verificação da inadequação do direito interno ao direito internacional exclusivamente ao chefe de estado, haja vista que os juízes estarão obrigados a aplicar o direito interno, ainda que este conflite com o direito internacional, resultando, em última *ratio*, em uma negação da vigência deste, verificada a antinomia.

Outro elemento que se pode extrair da teoria defendida por Triepel é a análise da relação das regras de direito interno e direito internacional

Como exemplo de relação de conteúdo, Triepel (1966, p. 21) trabalha com o que ele próprio denomina como regras por assinatura em branco de reenvio do direito internacional, nas quais um tratado delega uma função regulamentadora ao direito interno de determinado instituto parcialmente definido em regra internacional. É o caso do exemplo — usado pelo próprio autor — do artigo 16 da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 09 de setembro de 1886:

Artigo 16

1. Toda obra contrafeita pode ser apreendida nos países da União onde a obra original tem direito à proteção legal.
2. As disposições do parágrafo precedente são igualmente aplicáveis às reproduções provenientes de um país onde a obra é protegida ou deixou de sê-lo.
3. A apreensão efetua-se de acordo com a legislação interna de cada país.

No tocante ao aspecto da distinção das fontes, justifica-se a impossibilidade de sobreposição de um sistema a outro — ressaltando a existência paralela de ambos os sistemas — no fato de que a validade de uma norma é extraída de sua eficácia direta ao indivíduo subordinado. Assim, de acordo com o que se denota das afirmações do autor, vemos o início de uma dissidência da teoria da norma de Bobbio, na medida em que uma norma não necessariamente será válida e eficaz ao mesmo tempo. Cuida-se, a bem da verdade, de um conceito distinto de validade da norma jurídica ali proposto como fundamento para a interdependência entre os sistemas nacionais e internacionais.

Em se tratando das relações de subordinação de um ordenamento a outro, dá-se a tal fato um aspecto de dependência prática das execuções internas das normas internacionais, de modo que o autor alemão exemplifica com o marechal que dá ordens aos seus generais e espera que deles venha o comando aos seus subordinados para execução da ordem primeira. Se, nesta linha de raciocínio, o general não repassa a ordem, será esta ineficaz e, portanto, inválida.

Desta forma, em uma análise da teoria tripeliana de dualismo, nos conduzimos à ideia geral de que os ordenamentos jurídicos internos e internacionais resguardam completa distinção e interdependência normativa, de modo que é concedido aos poderes internos aplicarem o direito nacional em detrimento do internacional, inclusive vencendo a premissa de que lei posterior derroga lei anterior que com ela se conflita.

Há aqui, reconhecemos, uma incongruência avassaladora com o que dispõe a vigente Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 em seu artigo 46, quando esse veda a escusa de cumprir norma de direito internacional fundada em disposição de direito interno. Evidencia-se, deste modo, que a premissa de Triepel estaria desatualizada, quando não equivocada, sobre as normas internacionais?

Passamos a verificar o que dispõem as vertentes da teoria monista para a solução das relações entre direito interno e internacional.

1.2 Monismo Original

Alfred Von Verdross (2013, p. 06) faz uma análise histórica muito perspicaz ao reconstruir o fundamento romano da incorporação dos tratados e sua obrigatoriedade, segundo a qual os tratados pactuados com juramento sagrado teriam amparo divino e, aquele que não cumprisse com as disposições acordadas sofreria punição perante seus próprios deuses.

Embora Verdross tenha criado a expressão “dualismo”, o próprio autor faz um ajustamento do termo utilizado para “construção pluralista do direito”, haja vista que não há somente a esfera do direito internacional e a esfera do direito nacional, mas cada estado também possui sua esfera particular, criando-se uma pluralidade de ordenamentos jurídicos distintos (VERDROSS, 2013, p. 18).

Em seus escritos posteriores, o próprio Verdross abraça a teoria monista do direito, abandonando o dualismo. Ele próprio expõe que:

Daí resulta que é impossível tratar o direito internacional e o direito interno assim como os diversos direitos nacionais da comunidade internacional como sistemas jurídicos absolutamente separados, visto que se encontram numa relação de dependência recíproca que é uma relação de subordinação do direito interno perante o direito internacional e, conseqüentemente, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais. (VERDROSS, 2013, p. 20)

Deste modo, verifica-se a inclinação de Verdross para o monismo refutando as premissas teóricas de Triepel, assim como Kelsen o faz em seus escritos.

De encontro a estas construções, Kelsen (2010, p. 138) desconstrói a visão de sobreposição do direito nacional ao direito internacional dando uma perspectiva hermenêutica ao ponto controverso e já inicia sua fundamentação partindo do pressuposto de que se trata de uma análise estatalista do direito, atribuindo-se como fonte o Estado.

Dentro deste contexto semântico da teoria estatalista exposto por Bobbio, seria possível verificar que o ataque de Kelsen aos dualistas acaba se saindo como um *aberratio ictus*. Conforme Bobbio (2001, p. 31-32) nos esclarece:

O Estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica. Se por poder entendêssemos a capacidade que têm certos grupos sociais de emanar normas de conduta válidas para a totalidade dos membros daquela comunidade, e de fazê-las respeitadas recorrendo até mesmo à força (o considerado poder coativo), a formação do Estado moderno caminhará lado a lado com a formação de um poder coativo sempre mais centralizado, e portanto com a gradual supressão dos centros de poder a ele inferiores e superiores, o que gerou como consequência a eliminação de todo o centro de produção jurídica que não fosse o próprio Estado. Se hoje persiste ainda uma tendência em identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno.

Ao tratar da classificação das normas de direito internacional em contraposição à classificação de normas de direito interno, Triepel (1966, p. 10) nos revela a seguinte definição:

Por direito interno, nós compreendemos todo direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional, nada importando que sejam leis do Estado, ou regras de direito costumeiro, regras decorrentes da autonomia das comunas, ou de outras corporações públicas.

Contudo, ao tratar da premissa da distinção da visão hermenêutica anterior a sua ponderação de superioridade e inferioridade, Kelsen (2010, p. 147) afirma que a:

Teoria tradicional chama a sociedade em que existe tal autoridade ou poder soberano, sociedade “política”, ou um Estado, e considera a relação dos indivíduos com essa autoridade essencial para o Direito Internacional. É uma relação de superioridade e inferioridade. De acordo com essa visão, Direito é, portanto, uma ordem cujo garantidor ou criador — às vezes usa-se também a expressão “fonte” — é o Estado, suprema autoridade ou poder político que constitui a relação de superioridade e inferioridade.

Se, de um lado, a visão de superioridade e inferioridade é atribuída à teoria estatalista e, de outro lado, como se pode denotar da leitura da obra de Triepel, é possível caminhar pelo dualismo sem abraçar a teoria estatalista, então não se trata de uma crítica frontal ao dualismo. Mas, de uma parcela doutrinária que segue o dualismo estatalista, por assim dizer.

Tal refutação não é capaz, contudo, de afastar a lógica de Kelsen aplicada à questão de superioridade e inferioridade dos ordenamentos. Em sua explicação, Kelsen utiliza a expressão “Non sub homine sed sub lege (não sob o homem, mas sob o Direito)” (2010, p. 149).

Inserido neste contexto, o que se leva em consideração é que não se trata de uma relação pessoal de subordinação — e neste ponto Kelsen faz uma ligação muito importante com a democracia, na medida em que uma pessoa não está subordinada a outra — mas há uma subordinação perante o sistema normativo que confere a outrem aquela posição.

Se o ordenamento confere a certa pessoa a possibilidade de determinar a outrem que adote um comportamento específico em lei, não significa que a autoridade é superior ou que o subordinado é inferior, mas que ambos estão sob o manto de uma norma que assim especifica, desde que aceita a premissa de que é o ordenamento que assim o determina, não uma deturpação da ordem em benefício de um só.

A mesma lógica é aplicada aos Estados e ao direito internacional. Não se trata de uma subordinação do direito nacional ao direito internacional, mas de uma questão de, como o

próprio autor menciona, “graus de centralização ou descentralização” (KELSEN, 2010, p. 149), não havendo distinção entre o ordenamento interno ou internacional neste aspecto.

É importante ressaltar que a noção de soberania também é alvo da objeção de Kelsen quando se começa a distinguir entre soberania absoluta e relativa, na medida em que se atribui ao conceito do instituto “soberania” o significado de poder supremo. Aqueles que defendem o dualismo divergem neste aspecto de modo que o Estado é soberano em relação ao direito internacional, enquanto que o indivíduo não é soberano em relação ao Estado no direito interno.

Kelsen, por outro lado, refuta esta percepção haja vista que, em seu entendimento, inexistente soberania em seu conceito puro, mas apenas o Estado é soberano quando em contexto de sua ordem normativa, não como indivíduo de direito. A concepção de que o direito internacional só é direito se o Estado assim o reconhecer como tal deixa de existir, portanto. E, deste modo, é incompatível a persistência da dicotomia entre soberania interna e externa, ou soberania dividida.

Ainda caminhando por esta linha de raciocínio, em um aspecto mais preciso, é possível aferir que o Estado é um componente de um sistema do qual não escolhe fazer parte. Simplesmente, faz parte. Isto se deve ao fato de que, como um mero exercício de raciocínio hipotético, se levarmos em conta as questões territoriais e deixar à livre escolha do estado de natureza, um Estado que se denomine dominante do território global e encontrar sua pretensão resistida por outro Estado já encontrará invalidade em seu argumento.

Temos por óbvio que tal exercício é meramente reflexivo e, por si só, já refuta a ideia de consentimento do Estado como fundamento para o Direito Internacional. Tratar, por outro lado, do consentimento como fundamento para o Direito Internacional da Paz é outra questão da qual se retrata inegável que se requer consentimento de não apenas um Estado, porém do terceiro que com este se litiga.

Na lição de Kelsen (2010, p. 209):

Não há e não pode haver direito fundamental de soberania dos Estados quando este termo é tomado em seu sentido original — de autoridade suprema. Como sujeitos de leis internacionais, os Estados estão sujeitos ao Direito Internacional, ainda que este seja considerado parte de Direito Nacional. Como sujeitos de direito, os Estados são, portanto, tão pouco “soberanos” quanto o indivíduo é “soberano” sob o Direito Nacional. A autoridade de Direito Internacional, ou, o que dá no mesmo, a autoridade da comunidade internacional, está estabelecida sobre os Estados assim como a autoridade da comunidade nacional, o Estado, está estabelecido sobre os indivíduos.

De importância ressaltar que Kelsen (2010, p. 386) atribui como fonte do direito internacional os costumes e que, por outro lado, rejeita completamente que esse costume possa vincular Estado terceiro que dele não fez parte. E o faz com base no exemplo dos Estados que praticam determinado costume justamente por serem litorâneos, o qual vincularia aquele que passa a sê-lo após o assentamento do costume.

Com base no ensinamento kelseniano, um Estado só pode ser vinculado por uma norma internacional da qual consentiu, dando-se margem à aplicação do reconhecido princípio *pacta sunt servanda*.

O aspecto mais significativo de refutação do dualismo — ou pluralismo — que pode ser levantado é de que

A percepção pluralista também não se sustenta no campo lógico. O Direito Internacional e o Direito Nacional não podem ser sistemas jurídicos distintos e mutuamente independentes se as normas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. É impossível logicamente supor que as normas simultaneamente válidas pertençam a sistemas diferentes, mutuamente independentes.

Os pluralistas não negam que as normas de Direito Internacional e as de Direito Nacional sejam simultaneamente válidas. Pelo contrário, pressupondo que ambas sejam válidas simultaneamente eles defendem que prevalece uma determinada relação entre as duas a saber, a relação de independência mútua, o que significa que não existe relação entre os dois sistemas de normas válidas. (KELSEN, 2010, p. 495).

Triepel responde essa questão, como já dito, afirmando que cumpre ao chefe de estado dar aspecto diplomático ao não cumprimento das normas internacionais, haja vista que aos jurisdicionados é dado somente seguir o ordenamento interno, ainda que conflitante com o ordenamento internacional.

Nos parece que a visão triepeliana aborda muito mais o campo da eficácia do que propriamente da validade da norma e, como vimos, a validade em Triepel está intimamente ligada à eficácia da norma internacional, contrariando o que dispõe Norberto Bobbio. E, rememorando, esta percepção nos parece mais acertada na medida em que até mesmo o próprio Norberto Bobbio admite a existência de normas juridicamente válidas e que, porém, não possuem eficácia.

Já caminhando para o fim de sua obra, e refutando a questão da distinção de fontes que sustentam o dualismo, Kelsen aprofunda o estudo das fontes e as trata sob duas espécies, a um como procedimento por meio do qual são criadas as normas e, a dois, como fundamento de validade das normas (KELSEN, 2010, p. 498).

No concernente ao fundamento de validade das normas, utiliza-se os princípios estáticos e dinâmicos da dogmática jurídica, na qual se extrai base na norma fundamental do ordenamento jurídico, princípios dos quais se estabelece que ambas as normas criadas pelo direito nacional e internacional encontram subsídio nesta norma primeira e que, portanto, agrega ao seu conteúdo a fonte inicial, inexistindo, portanto, razão para a distinção dualista que se defende.

Ao procedimento de criação de normas agrega-se o fato de que uma norma é válida se respeitados os procedimentos formais para sua criação — e aqui apuramos a forte influência positivista — de modo que a tratar-se de seu procedimento, ora estar-se-ia atribuindo distinção em razão do procedimento quando na verdade a própria fundamentação já está a se apresentar no mesmo princípio basilar. Deste modo, não há dualismo que se sustente.

Ademais deve se levar em consideração que:

O procedimento de criação e, por isso, o fundamento de validade de uma ordem inferior, pode ser determinada direta ou indiretamente por ordem superior. A própria ordem superior pode determinar o procedimento com que as normas da ordem inferior devem ser criadas, ou meramente autorizar uma autoridade para criar normas destinadas a determinada esfera, conforme seus próprios critérios. Neste caso, diz-se que a ordem superior “delega” a ordem inferior. Como a norma fundamental relativa das ordens inferiores faz parte da ordem superior, as próprias ordens inferiores podem ser concebidas como ordens parciais no âmbito da superior como ordem total. A norma fundamental da ordem superior é o fundamento de validade último de todas as normas, incluindo as das ordens inferiores. (KELSEN, 2010, p. 520).

Se analisarmos de acordo com as premissas estabelecidas por Emer de Vattel, por outro lado, atribui-se essa união dos direitos das gentes a uma proposição naturalística que é conferida à própria humanidade enquanto indivíduo ou enquanto comuna. Diz o autor:

Porém, é preciso tomar o cuidado de não estender esse direito em prejuízo da liberdade das Nações. Todas são livres e independentes, mas obrigadas a observar as leis da sociedade que a natureza estabeleceu entre elas, e são de tal modo obrigadas que se uma Nação viola essas leis as demais têm o direito de reprimir a Nação transgressora: todas em conjunto não têm pois, nenhum direito sobre a conduta de cada qual a não ser que haja interesse da sociedade natural. O direito geral e comum das Nações sobre o comportamento de cada Estado soberano deve ser mensurado segundo a finalidade da sociedade que entre elas exista. (VATTEL, 2004, p. 10).

Deste modo, é possível extrair que o fundamento central do monismo encontra-se calcado no pressuposto normativo fundamental do qual se propõe a validade normativa do ordenamento internacional.

Como que em um adendo a esta percepção de relação entre o direito nacional e direito internacional, as doutrinas nacionalistas acabaram por agregar ao monismo a prevalência do direito nacional sobre o direito internacional. Vejamos.

1.3 Monismo Nacionalista

Em uma condução reconfortante aos teóricos da soberania estatal, exsurge a doutrina da prevalência do direito nacional sobre o direito internacional, mesmo que considerada a relação de um ordenamento com o outro em unidade. Trata-se de uma deturpação da doutrina original que se apresenta fundamentada no poder soberano pregado pela filosofia de Hegel (MAZZUOLI, 2004, p. 225).

O próprio Kelsen nos ensina que

O Direito internacional, que do ponto de vista do primado da ordem jurídica estadual — ou da soberania do Estado — apenas vale na medida em que um Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge, por conseguinte, não como uma ordem jurídica supra-estadual, e também não como uma ordem jurídica independente da própria ordem estadual, isolada em face desta, mas — na medida em que seja Direito — como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual.

Tal doutrina interpreta que o Direito internacional é uma ramificação do Direito interno e que, portanto, a este fica subordinado, devendo-lhe ser aplicada a primazia do direito nacional.

Em síntese, os fundamentos de tal entendimento são:

a) a ausência de uma autoridade supra-estatal, pelo que cada Estado compete determinar, livremente, suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, juiz único da forma de executá-las; e b) o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional. (MAZZUOLI, 2004, p. 227).

O próprio autor abomina este posicionamento, indicando que seria o mesmo que negar todos os princípios de regência do direito internacional e do *jus gentius*, os quais se tem amplamente ratificado pela comunidade internacional.

Contudo, como será tratado oportunamente, tal entendimento ainda ecoa na jurisprudência brasileira como que uma necessidade de autoafirmação do direito interno, quando, na verdade, trata-se de uma ficção jurídica que não se verifica na realidade. Como o próprio Valério Mazzuoli (2004, p. 228) nos lembra, o Estado não existe flutuando num espaço em que se nulifica os demais. Trata-se de uma coexistência natural providenciada pelo globo terrestre. Só se encontra incongruência parecida na teoria de que a Terra é quadrada.

1.4 Fragmentos Históricos Basilares ao SIDH

Analisando pelo trabalho de Valério Mazzuoli (2011, p. 811), a chamada “gênese” dos Direitos Humanos em perspectiva internacional se dá com o processo de paz, que culminou no Tratado de Paz de Vestefália, em 1648.

E aqui é importante frisar que, inobstante não impactar diretamente no presente estudo — haja vista o seu foco no entendimento da Corte IDH a respeito dos direitos de liberdade — é de vital importância mencionar existência da divergência doutrinária a respeito do consenso de que o sistema vestefaliano normatizou o conceito de Estado-nação no estudo do Direito Internacional tal qual o conhecemos, havendo quem defenda que há uma distorção nesta visão da origem do processo de construção do Estado moderno (MOITA, 2012, p. 19).

Registre-se também a ressalva necessária concernente à origem dos outros ramos do direito internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do direito humanitário, por exemplo, e seu primeiro fragmento histórico consolidado, como é o caso da Declaração de São Petersburgo de 1868 (HENCKAERTS, 2005, p. 176; DEYRA, 2001, p. 20). É em meio ao contexto pós segunda guerra mundial no qual se afluía a necessidade da internacionalização das garantias e proteção dos Direitos Humanos, entretanto, que surge a Carta das Nações Unidas de 1945 e ocorre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (MAZZUOLI, 2011, p. 814-815), instrumentos esses que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGDH ou SUDH).

Neste diapasão, é criado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por meio da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948, da qual o Brasil fez parte, ocasião em que se criava também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Se faz imperiosíssimo destacar que a pesquisa toca em uma discussão relevante e que, se não assentado de imediato, toda a estrutura restaria abalada. Tal ponto diz respeito à

complementariedade do SIDH em relação ao Sistema Universal de Direitos Humanos (SUDH), e desde já nos filiamos à corrente que estabelece a intercomunicação entre os dois sistemas, de modo que um mesmo caso de violação de Direitos Humanos poderia ser analisado por qualquer dos sistemas, como dispõe Valério Mazzuoli (2011, p. 815-816):

Todos esses sistemas de proteção dos direitos humanos (o global e os regionais) devem ser entendidos como sendo coexistentes e complementares um dos outros, uma vez que direitos idênticos são protegidos por vários desses sistemas ao mesmo tempo, cabendo então ao indivíduo escolher qual aparato mais favorável deseja utilizar a fim de vindicar, no plano internacional, seus direitos violados. (...) Isto significa que a falta de solução para um caso concreto no sistema interamericano (ou no sistema europeu, ou africano) de direitos humanos, não impede a vítima de se dirigir às Nações Unidas para vindicar o mesmo direito, previsto em tratado pertencente ao sistema global.

Seguimos esta linha de entendimento motivado na forte problemática que o posicionamento contrário enfrenta que é o principal objetivo da criação de sistemas regionais, ou seja, o conhecimento específico sobre determinadas peculiaridades casuísticas que somente um órgão regionalizado seria capaz de conduzir com propriedade sobre o assunto, como é o caso de violações dos Direitos Humanos de que são titulares os povos originários, valemo-nos, como mero exemplo, do caso Povos Indígenas¹ Kuna de Madungandí e outros vs. Panamá.

Ademais, afirma Celso Lafer (2001, p. 180-181) sobre a necessidade de criação de organismos internacionais:

[...] (...), apenas um tribunal internacional, representativo da humanidade, daria o devido realce ao genocídio com um crime contra a condição humana, e não um tribunal nacional, como a Corte de Jerusalém, que decidiu com base na lei israelense e não com fundamento no Direito das Gentes.

Quando Celso Lafer faz esta afirmação peremptória, expõe sua defesa da criação de tribunais internacionais para o julgamento dos crimes de guerra, hoje delimitados pelo direito internacional humanitário. Porém, como já esposado acima, o próprio estudo dos Direitos Humanos como os conhecemos pressupõe um recorte histórico-normativo de um contexto pós-guerra e, por conseguinte, para os que adotam o próprio Tratado de Paz de Vestefália como um fragmento histórico válido, da internacionalização das ditas normas de guerra.

¹ Embora o nome do caso receba a designação de “Povos Indígenas”, já se tem na jurisprudência que o termo mais apropriado é “Povos Originários”, conforme pode se verificar da leitura de Augustín Gordillo (2017, p. 99).

Em termos de internacionalização, Mazzuoli (2011, p. 811-812) também verifica na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho incontestes fragmentos da internacionalização dos Direitos Humanos. Contudo, Flávia Piovesan (2014, p. 73-79) atribui ao Tribunal de Nuremberg a maior experiência internacional que levou à judicialização dos Direitos Humanos em nível internacional de modo que, como a própria autora alude, a defesa dos Direitos Humanos começa a criar garras.

De outro lado, ainda em uma perspectiva histórica, embora o SIDH tenha sido criado em 1948, com assinatura da Carta da OEA, foi apenas em 1969 que houve a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que é o órgão definitivo de competência contenciosa do âmbito interamericano, e, embora seja uma transformação evolutiva muito significativa junto ao próprio SIDH, reconhecemos que elaboração do Pacto de San José da Costa Rica — também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH, instrumento este que deu origem à Corte IDH — acabou por desaguar na criação de duas classes distintas de Estados pertencentes ao SIDH: a um, aqueles que ratificaram a Carta da OEA, e que, portanto, se submetem ao crivo da CIDH, e, a dois, aqueles que ratificaram a Carta da OEA e a CADH, submetendo-se ao crivo da CIDH e da Corte IDH.

No tocante à regulamentação da Corte IDH e da CIDH, os seus Estatutos foram aprovados pela Assembleia Geral da OEA em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Porém, no ano de 2003, foi aprovado um novo documento, o Regulamento da Corte IDH versando sobre as normas de procedimento interno e, em 2009, que o Regulamento da CIDH trouxe o louvável artigo 23² que inclui qualquer pessoa ou grupo de pessoa no rol de legitimados para apresentar petições ao SIDH.

²Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão. (grifo nosso)

1.5 O Ordenamento Brasileiro e a CADH

Durante o governo de Getúlio Vargas, o Brasil assina a Carta da OEA em 1948, entrando para a história como um membro fundador da mencionada organização internacional, de modo que apenas com o Decreto nº 30.544, promulgado em 14 de fevereiro de 1952, houve a ratificação do tratado internacional. A importância da Carta da OEA se deve ao fato de que este tratado deu início ao SIDH, criando a CIDH em seu art. 106 e estabelecendo a sua competência consultiva.

Foi com o advento do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a CADH, que se deu a origem da Corte IDH, estabelecendo sua competência contenciosa e consultiva. Tal documento foi assinado pelo Brasil na data de sua celebração e ratificado apenas em 1992. Porém, a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil se deu em 10 de dezembro de 1998³.

A grande discussão que surge entorno da integração das normas da CADH ao ordenamento jurídico brasileiro se deve ao fato de que, até os idos de 30 de dezembro de 2004, a Constituição Federal contava com apenas dois parágrafos em seu artigo 5º, sendo que o § 2º foi — e, como será tratado mais adiante, para parte da doutrina ainda o é — o fundamento mais retumbante do status constitucional das normas da CADH, enquanto que, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o conflito que parecia solucionado tomou outras proporções igualmente tormentosas.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2013, p. 116):

Propõe-se, nesse sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Neste interim, podemos verificar que os tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais aos quais se alinha o terceiro fundamento da república, bem como a regência disciplinar internacional do Estado brasileiro tal qual determina o artigo 4º,

³ Os efeitos de tal ratificação são de suma importância e serão abordados em momento oportuno.

inciso II da Constituição Federal, teriam tratamento equiparado ao que é dispensado às normas dispostas no artigo 5º da CF/88.

Valério Mazzuoli (2011, p. 819-820) segue a mesma linha e, ainda assim, complementa:

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

Mesmo após o advento da EC/45, a doutrina internacionalista ainda defende o status constitucional atribuído às normas de Direitos Humanos fundamentando-se principalmente na norma descrita no § 2º da CF/88, de modo que temos um verdadeiro olhar caleidoscópico sobre os tratados de Direitos Humanos que podem ser reagrupados da seguinte forma: a) tratados de Direitos Humanos anteriores à EC/45; b) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados com requisitos para equiparação à EC; e c) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados sem requisitos para equiparação à EC. Em outras palavras, se o propósito do § 3º do art. 5º da CF/88 era de pacificar a discussão sobre a hierarquia das normas internacionais, tal instituto foi tão eficiente quanto um tiro n'água. Inclusive, a doutrina internacionalista (MAZZUOLI, 2011, p. 825; CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 209) critica a redação do mencionado dispositivo constitucional.

Como forma de fundamentar o seu argumento de atribuir status constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos, a crítica ao dispositivo constitucional do § 3º do art. 5º da CF/88 — e isto como exercício hipotético — leva ao questionamento se atribuir-se-ia, com a aprovação de referida EC/45, um rebaixamento do status das normas convencionais. De nosso entendimento, além de tratar-se de um retrocesso entender dessa forma, também seria uma interpretação inconstitucional, em razão do que dispõe o § 4º, inciso IV do art. 60 da CF/88, de modo que nos alinhando ao entendimento de Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Augusto Cançado Trindade a nos posicionar de modo que não se trata de redução do status das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Passamos, então, a analisar a hierarquização dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

1.5.1 Tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45

Há que se ressaltar que existe uma questão prejudicial, sem a qual não se pode prosseguir, que é a definição do status das normas internacionais de Direitos Humanos que foram ratificadas antes da emenda constitucional nº 45/04.

Em seus escritos, Valério Mazzuoli faz a construção a partir de vários fundamentos que culminam no entendimento pelo status constitucional dos tratados de Direitos Humanos. E isto, como ele próprio afirma (MAZZUOLI, 2011, p. 821) sempre ocorreu em detrimento do art. 5º, § 2º da CF/88, o que nos leva a crer que se aplicam a todos os tratados anteriores à EC/45. E mais, Mazzuoli, juntamente com Luiz Flávio Gomes, (2010, p. 149-153) trazem uma nova distinção entre tratados (centrípetos e centrífugos), chegando a atribuir a alguns deles o status de norma supraconstitucional, ou seja, acima da Constituição de um Estado. Antes, contudo, analisaremos a fundamentação que sustenta seu pensamento.

Desde suas primeiras obras (MAZZUOLI, 2001, p. 30-31) é possível se notar uma distinção bem clara entre os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e os demais tratados. E, como já mencionado anteriormente, embora esse entendimento tenha se dado anteriormente à EC/45 e ao julgamento do RE 466.343-1-SP, Mazzuoli mantém firme a posição de que os tratados internacionais de Direitos Humanos integram o sistema jurídico como status de norma constitucional.

O aspecto inicial observável é de que tal autor evidencia com muita clareza que é natural de determinados tratados internacionais que se haja uma exigência de adequação do ordenamento interno ao pactuado perante outro estado, de modo que a obstaculizar o cumprimento de determinada obrigação internacional contraída sob o argumento de impedimento constitucional seria uma violação, em última análise, do princípio do *pacta sunt servanda*, norteador do direito internacional como um todo.

Seguindo com as assertivas de Valério Mazzuoli (2011, p. 822), também é possível verificar que o §2º do art. 5º da CF/88 possui um caráter eminentemente aberto, na medida em que, segundo sua redação, extrai-se a existência de (i) direitos e garantias expressos na CF, constantes ou não do art. 5º, (ii) direitos e garantias implícitos decorrentes do próprio regime e dos princípios adotados na Constituição e (iii) os direitos e garantias advindos de tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte.

Ressalta-se que todas essas modalidades são protegidas pelo art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 uma vez que, no tocante aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados

antes da EC nº 45/04, estes foram ratificados seguindo todos os procedimentos previstos na lei vigente, tornando-se um ato jurídico perfeito e acabado.

Entender de forma diversa seria o mesmo que dar efeito retroativo à norma constitucional única e exclusivamente com o fim de rebaixar o status de tratados internacionais de Direitos Humanos. Neste contexto, e apenas como um exercício hipotético, imaginemos que não estando satisfeito com o quórum de 3/5, o legislador constituinte reformador passe a exigir um quórum mínimo de 2/3 para aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos para que estes passem a vigorar com status de norma formalmente constitucional. Ora, segundo a interpretação diversa da que adotamos, os tratados internacionais ratificados com duas maiorias de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional perderiam o status de norma formalmente constitucional, necessitando de uma segunda ratificação. E, ainda assim, não estariam seguramente investidos no status equiparado ao de emenda constitucional, uma vez que pode uma nova emenda exigir maioria de 5/6.

Desta forma, os tratados internacionais incorporam-se à Constituição Federal como se inscritos nela estivessem, de modo a serem dotados de status de norma constitucional.

Em suma, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil se incluam no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade. (MAZZUOLI, 2001, p. 240)

Outro ponto a ser considerado é de que ainda que não seja por se tratarem de tratados internacionais, observar-se-ia que no próprio regime adotado também se verifica o status constitucional, conforme dispõe o art. 4º, inciso II da CF/88, que, por sua vez, faz menção expressa à regência internacional pela prevalência dos Direitos Humanos. Segundo se denota, o dispositivo

(...) além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, veio também reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta de 1988 como um dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil deve reger-se em suas relações

internacionais (CF, art. 4º, II). E isto fez com [que] se modificasse sensivelmente a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito interno, no que toca à proteção dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. (MAZZUOLI, 2004, p. 358-359)

É de suma importância destacar o fato de que a posição esposada e defendida pelo autor se manteve ao longo dos anos e, mais, sobreveio ao julgamento do RE 466.343-1-SP, divergindo frontalmente da posição majoritária que se formou no Supremo Tribunal Federal, que por sua vez, atribuiu à Convenção Americana de Direitos Humanos o status de norma supralegal, conforme será tratado mais adiante.

No mesmo sentido, segue Cançado Trindade (2003, p. 512-513) quando afirma que a intenção do legislador constituinte ao positivizar o disposto no art. 5º, §2º era de se alinhar com a constante transformação pela qual passaram os estados latino-americanos quebrando suas barreiras internas e transpondo o direito internacional dos Direitos Humanos em sua essência fundamental aos preceitos constitucionais⁴. Em outras palavras, o autor também segue a linha de que se integram ao rol de direitos e garantias constitucionais aqueles dispostos em tratados internacionais de Direitos Humanos.

O entendimento de Flávia Piovesan (2013, p. 117-119) vai ao encontro do que expõe Cançado Trindade e Valério Mazzuoli ao concordar que os tratados de Direitos Humanos encontram respaldo constitucional no art. 5º, §2º da CF/88. Acrescenta, ainda, que os tratados internacionais de uma maneira geral recebem status de norma supralegal em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que proíbe a alegação de matéria de direito interno como escusa para cumprimento das normas convencionais.

Seguindo nesta linha de raciocínio, obter-se-ia a conclusão de que, ora, se todos os tratados internacionais já possuem status de norma supralegal por natureza, é evidente que os tratados de Direitos Humanos mencionados no dispositivo do art. 5º, §2º da CF/88 possuem caráter diferenciado e, portanto, status hierárquico mais elevado que os demais tratados que não versam sobre Direitos Humanos, razão pela qual se conclui pelo status constitucional de referidas normas internacionais.

Outro ponto acrescentado por Flávia Piovesan e que merece destaque é de que as normas constitucionais possuem um propósito de no texto magno constarem (2013, p. 117). Basta se verificar que no art. 153, § 36 da Constituição Federal de 1967, embora houvesse

⁴ Antonio Augusto Cançado Trindade traz a real intenção do legislador constituinte, já que referido autor foi quem propôs a inserção do art. 5º, §2º da CF em audiência pública da Assembleia Constituinte em 20 de abril de 1987.

similitude com o texto constitucional atual, não se fazia referência alguma às normas internacionais de Direitos Humanos, de modo que tais normas hoje assim existem para conferir às referidas normas seu status hierárquico constitucional.

Baseado nessa amplitude protetiva dos direitos expressos nos tratados de Direitos Humanos, Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 150-151) verificam embasamento suficiente para defenderem a supraconstitucionalidade de determinados tratados, os chamados tratados internacionais centrífugos. Em contrapartida, os tratados centrípetos, por sua vez, possuem status de norma constitucional.

A distinção é feita na medida em que

O que importa notar, no que tange aos tratados centrípetos, é que eles se dirigem à proteção do indivíduo dentro do próprio Estado ou, em último caso, dentro da própria região geográfica onde esse Estado se localiza (a região interamericana, v.g.). Por acrescentarem ao plano do direito interno vários direitos, muitas vezes não consagrados nas leis ou Constituições nacionais, tais tratados centrípetos não podem jamais ser equiparados à legislação ordinária. (MAZZUOLI; GOMES, 2010, p. 150-151)

Em outras palavras, os tratados internacionais que versam sobre obrigação a ser adotada internamente ou acarretam sanção em nível regional, possuem natureza de norma constitucional. Já os tratados que evidenciam uma obrigação além dos limites regionais em assertiva com a jurisdição global, possuem status de norma supraconstitucional.

Esses tratados ou normas (centrífugos) naturalmente possuem o status supraconstitucional, precisamente porque regem relações do Estado ou do indivíduo com órgãos da Justiça Global. Exemplo marcante: Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Para nós, esse tratado é centrífugo e conta com natureza supraconstitucional (ou seja, está acima das Constituições dos Estados subscritores do seu conteúdo). (MAZZUOLI, 2010, p. 152-153).

De outra ponta, antes do julgamento do RE 466.343-1-SP, vigorava o entendimento jurisprudencial — embora houvesse algumas exceções — de que os tratados de Direitos Humanos possuíam natureza de norma ordinária, equiparados às demais leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

O próprio STF, em julgamento da ADI 1480-3, reconheceu a tendência latino-americana em consagrar status de norma constitucional os tratados internacionais de Direitos Humanos. Porém, em seu voto, afirmou o Ministro Celso de Mello:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.

É o mesmo entendimento que se extraia do julgamento do RE 109.173-SP quando aplicado aos tratados internacionais como um todo. Dizia o ministro Carlos Madeira: “Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.”

Ora, afirmar que não há previsão constitucional expressa no sentido de qualificar com status constitucional os tratados de Direitos Humanos seria negar vigência ao §2º do artigo 5º da Constituição Federal. No mais, a inexistência de jurisprudência que firmasse entendimento neste sentido à época confrontava a doutrina internacionalista em peso que já defendia tais posicionamentos, como é o caso de Flávia Piovesan (1997) e Antonio Augusto Cançado Trindade (1991).

Desta feita, não é uma afirmação congruente com o arcabouço jurídico existente à época, evidenciando um crasso erro de julgamento por parte do então ministro Celso de Mello e que, neste contexto, nos dá um panorama geral de como a jurisprudência refletia — se é que ainda não mudou — a tendência monista nacionalista em um passado próximo.

Existem aqueles que ainda defendem, inclusive, o afastamento de normas internacionais que contradigam a Constituição, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 32):

Se o Tribunal, que exerce o papel de guardião da Constituição (art. 102, caput), pode declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, isso significa que, na hierarquização constitucional das fontes jurídicas, os tratados são inferiores à Constituição, não podendo derrogar ou ab-rogar previsões normativas dessa última. Em caso de incompatibilidade, a sanção será a declaração de inconstitucionalidade do tratado com as mesmas consequências da declaração de inconstitucionalidade das leis ordinárias. Isso permite afastar de plano a possibilidade de reconhecer, no Brasil, a validade de normas de um tratado internacional que contrariarem normas constitucionais, pouco importando se estamos diante de normas constitucionais anteriores ou posteriores ao tratado (introduzidas mediante emenda constitucional).

Um argumento utilizado pelo ex-ministro José Carlos Moreira Alves para a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais de Direitos Humanos é que o §2º do art. 5º da CF/88 versa sobre os tratados ratificados antes do advento da Constituição Federal. Porém, tal entendimento não encontra respaldo, segundo Mazzuoli (2001, p. 11):

Ora, admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógico, e muito menos jurídico uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988, somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como se sabe, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental.

É de suma importância, antes de prosseguir, ressaltarmos que quando Mazzuoli (2001, p. 11) diz que “não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior”, este diverge de Luis Roberto Barroso (1999, p. 46) o qual adota a teoria de que as normas infraconstitucionais advindas de ordenamento anterior à nova constituição e que com esta não se coadunam não sofrem um juízo de revogação quando apreciadas pelo intérprete constitucional. Faz-se aqui um juízo de inconstitucionalidade superveniente. Leciona Luis Roberto Barroso (2001, p.11) que “Justamente por não se tratar de mero recebimento das normas anteriores, mas de verdadeira recriação de seu sentido, é feliz o emprego da palavra ‘novação’, em lugar de ‘recepção’, como faz Jorge Miranda”.

Por sua vez, Jorge Miranda (1999, p. 341) explica que:

A separação entre inconstitucionalidade originária e superveniente, concerne, como sabemos, ao diverso momento de edição das normas constitucionais. Se na vigência de certa norma constitucional se emite um acto (ou um comportamento omissivo) que a viola, dá-se inconstitucionalidade originária. Se uma nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro acto precedente, dá-se inconstitucionalidade superveniente (...).

Sendo assim, a afirmativa de que não se declara inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental deve ser interpretada no sentido de que o preceito anterior à lei fundamental sofre um juízo de receptividade e não de inconstitucionalidade superveniente.

Isto posto, também é de se destacar que, em uma análise topográfica, o § 2º do art. 5º da CF/88 encontra-se no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. A prevalecer o argumento de que o dispositivo se refere aos tratados anteriores à CF/88, estar-se-ia atribuindo

à norma característica de disposição transitória. Com muita propriedade Valério Mazzuoli rejeita referido argumento.

Outro ponto que se pode adicionar, nesse aspecto, é de que o mesmo dispositivo constitucional igualmente se refere a outros direitos e garantias que estão implícitos no art. 5º ou também constantes nos demais regramentos da Constituição Federal, como é o caso, *e.g.*, dos direitos sociais previstos no art. 7º. Ora, estariam os direitos implícitos destacados e, portanto, não integrantes do rol de cláusulas pétreas do artigo 5º? Não cremos ser esta a melhor interpretação dada ao dispositivo quando analisada em um contexto sistêmico de garantias exposto no texto constitucional de 1988.

No mais, a abertura do regime democrático a partir da Constituição Federal de 1988 veio no intento de garantir a máxima proteção aos Direitos Humanos que, em não menos de 10 (dez) anos antes, eram tidos como inexistentes diante do período sombrio pelo qual passava o Brasil à época. Seguir por esta linha — que confere aos Direitos Humanos advindos de tratados internacionais ratificados antes da EC/45 status de norma ordinária — seria, como a própria tese sugere, o mesmo que atribuir aos conflitos entre as normas advindas das convenções internacionais a resolução pela regra básica da posterioridade (lei posterior revoga lei anterior), da especialidade (lei especial revoga lei geral) ou da hierarquia (lei superior revoga lei inferior).

Ora, a prevalecer este entendimento, poderia uma lei ordinária revogar disposição de tratado internacional que garante um direito humano não previsto como norma constitucional, o que atentaria contra os princípios da vedação ao retrocesso e da proteção mais benéfica ao ser humano que — e tal assunto será tratado oportunamente — são critérios de solução dos aparentes conflitos entre norma de tratado internacional de Direitos Humanos e norma de direito interno.

Por fim, existem também aqueles que defendem que os tratados internacionais de Direitos Humanos recebem status de norma supraconstitucional, como é o caso de Francisco Mattosinho (2016).

Em sua lição sobre a teoria geral dos Direitos Humanos, Bidart Campos (1989, p. 362) leciona:

El segundo aspecto queda descubierto en una relación de derecho constitucional (o interno) con derecho internacional público, y se presenta cuando en posturamonista de supremacía del segundo sobre el primero (por ejemplo, en la Constitución de los Países Bajos) se confiere al derecho internacional un orden prelatorio superior al de todo el derecho interno, incluida la propia Constitución. Se para nuestro tema atendemos al derecho

internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución.

Augustín Gordillo (2007, p. 52) também adota a tese de que os tratados de Direitos Humanos recebem status de norma supraconstitucional — ou supranacional, como é utilizado pelo próprio autor — fundamentando-se precipuamente no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Mattosinho (2016, p. 89-95) faz um apanhado sobre os aspectos do neoconstitucionalismo e perpassa a análise jurisprudencial e sua transformação ao longo da história até o julgamento do RE 466.343-1-SP em 2008, trazendo a tendência dos tribunais brasileiros em adotar de forma mais aberta os preceitos trazidos pelos tratados internacionais.

O ponto de convergência se pauta no afinamento crescente daquela visão positivista pura defendida por Kelsen e a definição da norma pelo seu conteúdo formal e seu processo de produção, o que, por lógica, se traduz como uma adoção ao movimento do neoconstitucionalismo.

Apesar do modo como Mattosinho defende sua posição sobre os princípios, principalmente quando o menciona a necessidade de verificação de um propósito de justiça a ser alcançado (2016, p. 88) fundamentando-se em Alexy e sua obra da teoria dos direitos fundamentais (2008), ousamos discordar de tal posicionamento.

Basta identificar que Alexy constrói sua teoria do conceito de norma em dissonância com o que propõe Bobbio quando este defende que o direito é construído por proposições prescritivas. Alexy atribui à norma um conteúdo semântico interpretativo dos enunciados jurídicos.

Em outra linha completamente diferente, e crítica a esta justaposição, Dworkin (2000, p. 36) difere-se de Alexy entendendo que os princípios são normas que devem ser seguidas, diferentemente do que ele (Dworkin) denomina como “política” que, por sua vez, deve ser entendido como um indicativo para um estado ideal de coisas.

Em relação à sua força normativa, Dworkin faz parte da corrente doutrinária que entende que os princípios são *jus* e que devem ser seguidos como se regras fossem, haja vista sua posição imperiosa. Diferentemente de Alexy, o qual entende que os princípios são *intentio*, e que, portanto, devem passar por um processo de normativização para que, só então, possuam força impositiva.

No mais, muito mais razão assiste à posição de Valério Mazzuoli (2014), Flávia Piovesan (2013) e Cançado Trindade (2003) quando atribuem aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos *status* de norma constitucional, na medida em que se depreende da melhor interpretação do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Ora, se por fato temos que os tratados internacionais de Direitos Humanos se equiparam às normas constitucionais, este conteúdo se aplica a todos os tratados, incluindo aqueles que tenham sido ratificados após a emenda EC/45? Para a resposta desta pergunta, antes, precisamos situar os tratados anteriores à EC/45.

Analisando por todo um contexto hermenêutico que se propuseram a estudar autores internacionalistas até então utilizados, não queremos crer que tenha sido intenção do constituinte de 1988 atribuir aos tratados internacionais de Direitos Humanos *status* diferente das normas constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 95) segue neste mesmo sentido, e de acordo com o que defendemos até então. Veja-se:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há que admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, não obstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se da sujeição destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.

Deste modo, em consonância com todo o arcabouço doutrinário, tem-se por certo que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* hierárquico equiparado ao das normas constitucionais.

A partir desta construção, surge uma questão um pouco mais específica que, se não sanada, pode provocar comprometimentos insanáveis na estrutura do presente trabalho. Trata-se da chamada recepção material dos tratados à EC/45.

O principal questionamento que se faz é: se a EC/45 passou a definir como normas constitucionais apenas aquelas advindas de tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovadas com quórum de $\frac{3}{5}$ em cada uma das quatro votações no Congresso Nacional, aplicar status de norma constitucional aos tratados anteriores seria supressão de quórum, haja vista que, conforme os próprios dados do Ministério das Relações Exteriores, em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos, e também da Câmara dos Deputados, somente a Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional foram aprovados com quórum exigido pela regra do § 3º do artigo 5º da CF/88?

Não há que se falar em supressão de quórum na medida em que se aceita que as normas já estariam integradas materialmente à Constituição por força do § 2º da CF/88. A posição contrária é que, em si mesmo, seria uma afronta à Constituição Federal. Basta evidenciar que, atribuir à norma anterior à EC/45 status inferior em razão de um limite meramente formal seria reduzir uma norma constitucional à status de lei ordinária ou, na tese do STF, status de lei supralegal.

Ademais, o próprio Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 98) expõe que, embora se aparente questionável esta tese por conta do aspecto da incorporação formal,

Tal entendimento somente se revela como sustentável – considerando a incompatibilidade total de rito dos Decretos Legislativos e das Emendas Constitucionais – em sendo o caso de se aderir aos argumentos dos que, mesmo antes da EC 45/04, já vinham – consoante já referido no item precedente – defendendo a condição de direitos fundamentais em sentido material, dotados, portanto, de hierarquia constitucional, mas sem integrarem o direito constitucional em sentido formal, que é precisamente a posição também por nós sustentada.

Assim, é imperioso ressaltar nossa posição no sentido de que todas as normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas antes da vigência da EC/45 possuem status de norma constitucional e, inclusive, com aplicabilidade imediata.

1.5.2 Tratados internacionais de Direitos Humanos posteriores à EC/45 ratificados com maioria de 3/5

Outra situação que nos apresenta e que, embora a Constituição Federal já nos dê uma resposta definitiva com norma da redação dada ao § 3º do art. 5º pela EC/45, ainda será abordada para fins de assentamento da nossa posição é a das normas internacionais que foram ratificadas com a maioria de $\frac{3}{5}$ exigidos nas quatro votações pelo Congresso Nacional.

Evidente que tais normas adentram o ordenamento jurídico com status de norma constitucional, porém, o rito de ratificação não é o de uma emenda constitucional como erroneamente se pode levar a crer.

Segundo nos ensina Valério Mazzuoli (2011, p. 341),

A competência *ad referendum* do Congresso, esclareça-se, limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Não comporta, pois, emendas. O que poderá o Congresso fazer (...) é apresentar reservas. Concordando o Congresso com a assinatura do tratado internacional, por meio do decreto legislativo, dá-se “carta branca” ao Presidente da República para ratificar a assinatura já depositada, ou mesmo aderir se já não o tenha feito.

Deste modo, verifica-se que a ratificação é um ato do Presidente da República que, por sua vez, só poderá procedê-lo com a anuência do Congresso, quem tem competência constitucional para fazê-lo, de acordo com o que dispõe o art. 49, inciso I em consonância com o art. 84, VIII da CF/88.

Ao que se denota também da posição de André Corrêa de Sá Carneiro (2016, p. 64), a partir da EC/45, cumpre ao Congresso definir se haverá equiparação de um tratado internacional de Direitos Humanos a norma constitucional ou não. Explica o autor:

Dessa forma, vigem no Brasil dois quóruns para aprovação de tratados internacionais: 1) quórum de maioria simples, para aprovação de tratados e convenções internacionais em geral, inclusive aqueles que tratem de direitos humanos; 2) quórum qualificado de $\frac{3}{5}$, requerido apenas para a equiparação de tratados internacionais sobre direitos humanos a emendas constitucionais.

Apesar de não concordarmos com a disposição do referido autor sobre a possibilidade de escolha do Congresso sobre o status dos tratados de Direitos Humanos, é fato que o legislativo apenas referenda a assinatura do Presidente da República, que, ao final do processo,

publicará um decreto último de ratificação do tratado internacional anteriormente assinado e referendado.

Francisco Rezek (2011, p. 72-73) ensina que o ato de ratificação é errônea e comumente utilizado para designar um ato do legislativo nacional. Porém, muito bem nos lembra que o parlamento não tem representação em atos internacionais, mas somente o chefe de estado tem tal prerrogativa. De modo que é atribuído ao termo ratificação o significado do ato de depósito de instrumento de ratificação de um tratado, ato após o qual entrará em vigor o pacto internacional.

Não se pode confundir tal ato com a promulgação, haja vista que, para fins de direito internacional a mera publicação interna já vincula o Estado às disposições pactuadas, pois, a promulgação já é ato posterior e interno de cada nação, pouco importando para fins de responsabilização internacional.

O procedimento original determina que o Presidente da República, quando entender que a matéria deva ser ratificada, deve encaminhar as razões e o texto integral do tratado assinado, por meio de mensagem presidencial, à Câmara dos Deputados a qual submeterá o exame da matéria à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional.

E diz-se mais em relação aos tratados de proteção dos Direitos Humanos, haja vista, conforme anteriormente dito, a incorporação e aplicação imediata nos termos do §1º do artigo 5º da CF/88, de modo que dispensa-se até mesmo a publicação para sua vinculação e, em caso de descumprimento, responsabilização.

Mazzuoli (2011, p. 829) ainda alerta para o fato de que

Não há que se confundir a equivalência às emendas, de que trata o art. 5º, § 3º, com as próprias emendas constitucionais previstas no art. 60 da Constituição. A relação entre tratado de direitos humanos e as emendas constitucionais é de equivalência, não de igualdade. O art. 5º, § 3º, não disse “A é igual a B”, mas que “A é equivalente a B”, sendo certo que duas coisas só se “equivalem” se forem diferentes. Por isso, é inconfundível a norma do tratado equivalente a uma emenda constitucional com uma emenda constitucional propriamente dita, sendo também inconfundível o processo de formação de um (tratado) e de outra (emenda).

Portanto, não se trata de um procedimento de tramitação equiparado ao de emenda constitucional ainda que seu resultado seja de uma equiparação à normas constitucionais, mas de um processo de ratificação de tratado internacional tal qual os demais, com a única diferença que, se aprovado com o quórum determinado pelo procedimento de equiparação, será então norma constitucional. Frisando-se que tal ponto ainda será oportunamente tratado mais adiante.

1.5.3 Tratados internacionais de Direitos Humanos posteriores à EC/45 ratificados sem a maioria de 3/5

O ponto que se tem por mais problemático quanto à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos — além da hierarquia daqueles ratificados antes da EC/45 — é o concernente aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados após a EC/45 e sem a maioria qualificada exigida pelo §3º do art. 5º da CF/88, então acrescentado.

Em uma leitura exercida sem muita atividade hermenêutica do mencionado dispositivo constitucional é possível extrair que os tratados não aprovados com o quórum ali exigido teriam um fim diferente que não a incorporação com status de norma constitucional. Das duas uma: a um, os tratados de Direitos Humanos não aprovados estariam automaticamente rejeitados pelo parlamento ou, a dois, teríamos tratados de Direitos Humanos com status diferenciado dos demais aprovados naquela forma.

Ora, a doutrina (REZEK, 2011, p. 89) nos rememora de que o quórum para aprovação de qualquer tratado internacional, uma vez alcançada a maioria dos parlamentares em cada uma de suas casas, é da maioria dos presentes, ou seja, é possível que um tratado seja aprovado pela Câmara dos Deputados com 129 (cento e vinte e nove) votos e pelo Senado Federal com 21 (vinte e um) votos.

Se nos dispuséssemos a seguir a primeira tese, estaríamos a dizer que a EC/45 tornou mais rígido o rito de aprovação de tratados de Direitos Humanos do que de qualquer outro tratado internacional, algo que é, no mínimo, ilógico. E se seguirmos adiante, teríamos um entendimento absolutamente contrário ao princípio do não retrocesso ou da vedação de redução ou abolição de direitos trazidos pelo art. 60, §4º, inciso IV da CF/88.

Cumprе ressaltar que após o advento da EC/45, foram ratificados ao menos 15 (quinze) tratados internacionais de proteção de Direitos Humanos, dentre eles: os Estatutos do Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (IDEA), o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL - Decisão CMC nº17/05, o

Acordo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes entre os Estados Partes do MERCOSUL - Decisão nº 37/04, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) - Resolução nº1105 sobre a Admissão do Brasil como Membro da Organização, a Convenção nº 185 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Documento de Identidade dos Trabalhadores Marítimos (Revisão da Convenção de 1958), o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT), a Convenção nº 178 relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho de Trabalhadores Marítimos, complementada pela Recomendação nº 185, a Convenção nº 176 sobre Segurança e Saúde nas Minas, complementada pela Resolução nº183, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com Vistas à Abolição da Pena de Morte e a Convenção nº 167 da OIT sobre a Segurança e Saúde na Construção, complementada pela Resolução nº 175.

De todos os documentos internacionais mencionados, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram ratificados com o quórum de 3/5 em duas votações em cada casa do Congresso Nacional.

Em verdade, existem aqueles que defendem que os tratados de Direitos Humanos devem obrigatoriamente ser aprovados com o quórum estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal (TAVARES, 2005, p. 43).

Contudo, a prevalecer a tese de que o não alcance do quórum significa a rejeição do texto internacional estaremos a retirar, à exceção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, todos os demais tratados aprovados após a EC/45 do ordenamento jurídico brasileiro. Algo inconcebível.

Outra tese — de que os tratados de Direitos Humanos aprovados sem o quórum do § 3º teria status diferente dos demais — nos parece, a princípio, um tanto mais razoável e se encaixar melhor à proposta do disposto na redação dada pela EC/45. Porém, é de rigor que se faça a análise de tal proposta com um pouco mais de profundidade.

A partir do julgamento do RE nº 466.343-1-SP, um dos julgamentos que culminou na aprovação da Súmula Vinculante nº 25 pelo Supremo Tribunal Federal — e que será analisado mais adiante —, se extrai a ideia de que os tratados internacionais não aprovados no quórum exigido pelo §3º do art. 5 da CF/88 teriam status de norma supralegal e, portanto, acima das demais normas de proteção dos Direitos Humanos, porém abaixo da Constituição Federal.

Tal entendimento esposado pelo Supremo é alvo de diversas críticas por parte da doutrina (MAZZUOLI, 2011, p. 824) — e não sem razão — na medida em que se evidenciou

um resultado completamente ambíguo e nocivo aos Direitos Humanos constitucionalmente protegidos.

Não muito longe, logo no início de um dos seus escritos, Cançado Trindade (2007, p. 211) nos ensina que a interpretação dos Direitos Humanos possui técnica hermenêutica própria que, por sua vez, não ignora as outras consagradas no direito dos tratados. Trata-se de uma base principiológica que conglera a proteção dos Direitos Humanos — universais, integrais e indivisíveis — com a proteção do direito humanitário e do direito dos refugiados e que, embora entendidos como ramificações do primeiro, acabam por integrar o estudo de tais normas.

Para verificar a veracidade de tal colocação, basta observar que os tratados internacionais de Direitos Humanos não constituem acordos entre Estados que lhes outorga direitos subjetivos entre um e outro. Cuida-se de tratados cujas normas convencionais remontam obrigações atinentes à proteção de direitos e garantias. Entre outras obrigações, certos tratados também determinam aos Estados que dele fazem parte que se harmonize o direito interno e que dele se faça uma coalizão aos princípios protetivos elencados na norma internacional (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 31).

Não se escapa da interpretação tradicional que determina a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e também a de 1986, quando esta determina que se interprete um tratado de acordo com seu desígnio pactuante ou, em outros termos, conferindo positividade à interpretação teleológica.⁵

Em outra de suas obras, Cançado Trindade ensina que

A incorporação a determinadas convenções de direitos humanos (como a Europeia e a Americana) de dispositivos acarretando esta interação, como os que reconhecem o direito a recurso efetivo perante instâncias nacionais, teve por propósito ou efeito o de cautelosamente impedir a interpretação, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais visando a reparação de supostas violações das Convenções de direitos humanos em questão. (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 15).

⁵Artigo 31. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Desta feita, verifica-se de imediato que o próprio conteúdo obrigacional e a escalação de direitos e garantias nos tratados internacionais revelam um conteúdo diferenciado dos demais tratados, o que nos leva à posição de que não se pode conferir o mesmo status que os conferidos aos demais dispositivos internacionais.

Porém, como a doutrina seguida por nós extrai da leitura da redação do § 3º do art. 5º da CF/88, os parlamentares não são obrigados peremptoriamente a aprovar os tratados de Direitos Humanos pelo quórum ali estabelecido. Trata-se de uma discricionariedade do poder legislativo a aprovação com referido quórum.

Importante sublinhar que uma coisa é dizer que a aprovação com quórum qualificado fica à discricionariedade do parlamento, outra bem diferente é dizer que conferir status de norma constitucional é de discricionariedade do Congresso Nacional.

Mazzuoli (2011, p. 835-836) enfrenta a questão sob o aspecto da dicotomia entre o conteúdo materialmente constitucional ou o conteúdo formalmente constitucional. Explica o autor que, diferentemente do conteúdo materialmente constitucional, o texto que também possui formalmente status constitucional: (i) passa a reformar a Constituição; (ii) não pode ser denunciado; e (iii) serve como paradigma para o controle de convencionalidade.

Na mesma obra, ainda, para que não houvesse confusão sobre este aspecto, Mazzuoli (2011, p. 836) explica que sobre esta diferença sempre defendeu que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem conteúdo materialmente constitucional, não formalmente.

Ao tratar deste ponto, Flávia Piovesan chega à mesma conclusão:

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quorum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º (2013, p. 137).

Inobstante a proteção concedida pelo art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 também atinja os tratados apenas materialmente constitucionais, a internacionalista também alerta para o fato de que os tratados que possuam tal status tão somente poderão ser objeto de denúncia, diferentemente dos tratados que possuem status de norma formalmente constitucional. (PIOVESAN, 2013, p. 139).

Contudo, alertamos que não necessariamente o conteúdo dos tratados materialmente constitucionais está, de algum modo, em status hierárquico diferente dos tratados formalmente constitucionais, haja vista que alguns princípios hermenêuticos próprios dos tratados internacionais de Direitos Humanos, como é o caso do princípio *pro homine*, o qual permite aplicação da norma mais favorável ao ser humano quando uma ou mais normas entrem em aparente conflito.

Deste modo, os tratados de proteção dos Direitos Humanos possuem efeito simbiótico uns para com os outros, haja vista a solução do conflito aparente de normas de Direitos Humanos por meio da aplicação daquela que for mais favorável ao ser humano.

Ora, se uma norma constitucional entrar em conflito com um tratado de Direitos Humanos e esta for menos favorável que aquela, aplicar-se-á ao caso a norma constitucional. A recíproca também é verdadeira, criando-se, assim, uma relação de fusão com o ordenamento constitucional e aplicação dos demais tratados de proteção dos Direitos Humanos.

1.5.4 O Entendimento do STF no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP

Analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é relevante à presente pesquisa, na medida em que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP tornou-se paradigma para casos semelhantes julgados pelas instâncias inferiores. De toda sorte, constitui um fragmento relevante para a construção da premissa básica.

Em pleno regime militar, o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco sanciona a lei nº 4728/65, que previa em seu texto preambular a disciplina do mercado de capitais e estabelecimento de medidas para o seu desenvolvimento.

Dentre outras disposições, o § 10 do artigo 66 estabelecia que o depositário infiel responderia nas penas do art. 171, § 2º, inciso I do Código Penal⁶, instituindo, assim a prisão civil a qual sofreu alteração com a edição do Decreto-lei nº 911 de 1965, que apenas transferiu o texto do referido § 10 para o § 8º, mantendo-se, contudo, a redação do dispositivo intacta.

Todos esses instrumentos normativos que possibilitavam o pedido de prisão por dívida foram editados sob a égide do art. 153, § 17 da Constituição Federal de 1969⁷ e que se

⁶ O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

⁷ Art. 153.....
 § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, **na forma da lei**. (grifo nosso).

mantiveram com o advento da redação do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal⁸ de 1988, o que, ao menos, legitima a dúvida da recepção de mencionado instituto.

Em sede de lei ordinária, havia o então Código Civil de 1916, em cujo artigo 1.287 se disciplinava a matéria⁹, assim como o Código de Processo Civil de 1973 também regulamentava o instituto no parágrafo único do artigo 904¹⁰. A redação do artigo 1.287 foi reprisada no artigo 652 do vigente Código Civil.

No Recurso Extraordinário, que teve relatoria do então Ministro Cezar Peluso, o Banco do Bradesco, então recorrente, intentava a prisão civil em razão de bem dado em garantia fiduciária, buscando-se para tanto a equiparação dos contratos.

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto alertando para o caráter excepcionalíssimo da prisão civil por depositário infiel, que era um instituto inexistente na Constituição Federal de 1936, a primeira a garantir textualmente a impossibilidade de prisão civil, haja vista o seu caráter invasor da liberdade individual, por mais que se garantisse por meio dela a boa-fé contratual e sua boa execução.

Em meio à discussão, o então ministro não se atentou para a aplicação ou não do Pacto de San José da Costa Rica, negando provimento ao Recurso Extraordinário fundando-se única e exclusivamente na distinção entre contrato de depósito e a garantia fiduciária, que era o caso, e dando interpretação restritiva ao instituto em razão de não se tratar de entendimento condizente com os princípios constitucionais de proteção da liberdade individual.

Devemos lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica — ratificado em 1992 — prevê a proibição da prisão civil por dívida nos casos de violação do contrato por parte do fiel depositário em seu artigo 7.7¹¹.

Num outro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — ratificado também em 1992 — prevê uma norma muito mais abrangente, em seu artigo 11¹², no

⁸ Art. 5º.....
LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Verifica-se deste dispositivo que o legislador constituinte retirou a expressão “na forma da lei” da redação, o que representa uma mudança atenciosa no texto constitucional com um efeito proporcional muito maior, como veremos adiante.

⁹ Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).

¹⁰ Art. 904.....
Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

¹¹ 7.7 — Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹² Artigo 11 — Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

concernente a proteção dos Direitos Humanos, e restritiva à prisão civil, vedando sua incidência em qualquer hipótese de descumprimento contratual.

Já o ministro Gilmar Mendes foi quem suscitou o grande debate acerca da hierarquia que deve ser aplicada aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, levantando todas as hipóteses mencionadas no item 2.5.1. com o acréscimo da teoria da suprallegalidade, ou seja, de que referidos tratados estariam acima das leis ordinárias e, porém, abaixo da Constituição Federal. Tal teoria foi, segundo o Ministro, extraída do texto constitucional alemão.

Ao iniciar seu voto, o Ministro rechaça toda teoria que entende pela supraconstitucionalidade dos tratados de Direitos Humanos fundando-se no rigor constitucional atribuído ao processo de reforma constitucional, dificultando, desta forma, a compreensão de normas que interagissem de maneira sobreposta aos ditames constitucionais.

Complementando as teses defendidas por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Augusto Cançado Trindade, esboçadas anteriormente, o Ministro elucida o artigo 75.22 da Constituição argentina, a qual prevê a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos.

Apesar de explanar alguns dos pontos mais combativos da tese da constitucionalidade, Gilmar Mendes rechaça a possível interpretação indicando que não houve recepção dos tratados de Direitos Humanos não aprovados com a maioria do § 3º do art. 5º da CF/88 pela EC/45, que deu nova redação ao texto constitucional.

Por outro lado, a tese de que os tratados ingressariam no ordenamento jurídico com status de lei ordinária também é rechaçada pelo Ministro com base no próprio dispositivo incluído pela EC/45 na medida em que, segundo ele, o texto acrescentado evidencia a diferenciação com a qual devem ser tratadas as normas internacionais em relação às leis infraconstitucionais.

Em resumo, Gilmar Mendes inaugura o posicionamento de que o STF precisa revisar sua jurisprudência que anteriormente conferia status de lei ordinária — e o faz com base na doutrina que aponta para a tendência constitucional latino-americana em se alinhar aos organismos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos — conferindo, portanto, status suprallegal às normas de proteção dos Direitos Humanos advindas de tratados internacionais.

Ao final de seu voto, o Ministro acaba por enfatizar que nem o Pacto de San José da Costa Rica, e nem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, revogaram a disposição

do art. 5º, inciso LXVII, mas atacaram a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que com eles conflitam.

Disse o Ministro (2006, p. 1161):

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Após a explanação do voto do Ministro Gilmar Mendes, pouco acrescentaram os Ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanhando o voto do relator e também, diga-se, a proposição de Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Embora também seguisse o entendimento dominante, o então Ministro Joaquim Barbosa quase deu um passo adiante na aplicação do princípio *pro homine*. Porém, tal tese ficou para *obiter dictum*. Segundo o Ministro (2006, p. 1201):

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (grifo nosso)

O então Ministro Carlos Aires Britto e o Ministro Marco Aurélio Mello seguiram os votos anteriores formando-se a maioria necessária ao entendimento vencedor pela supralegalidade. Porém, como o Ministro Celso de Mello apresentou pedido de vista, o julgamento foi então sobrestado, vindo a ser novamente reaberto apenas em 12 de março de 2008.

Ao apresentar seu voto-vista, o Ministro Celso de Mello de maneira surpreendente revisou seu próprio entendimento para seguir a tese de Flávia Piovesan e Francisco Rezek sobre dando status de norma constitucional aos tratados de Direitos Humanos, ocasião em que o então Ministro Cezar Peluso, o qual não havia se manifestado sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, passou a acompanhar o Ministro Gilmar Mendes.

Após mais um pedido de vista que sobrestou o feito advindo agora do então Ministro Menezes Direito, o caso tornou a ser reaberto em 03 de dezembro de 2008, ocasião em que se confirmou o entendimento do Ministro Teori Zavascki negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Como assentou o Ministro Gilmar Mendes em sua explanação final, verificado o assentamento da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, tratou-se de uma decisão histórica a qual, conforme análise de Mattosinho (2016, p. 99), elevou o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, os quais vinham sendo aplicados apenas como mera lei ordinária.

Visto que esse julgamento gerou várias controvérsias na doutrina, e Valério Mazzuoli já apontava para tal imbróglia jurídica antes mesmo da vigência da EC/45 (2001, p. 222), é necessário tecermos algumas considerações acerca do seu real sentido e efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

A princípio é de se destacar que existiram outros argumentos que obstaram a aplicação da prisão civil ao depositário infiel. A um, a interpretação restritiva dada pelo relator então Ministro Cezar Peluso ao dispositivo do art. 5º, inciso LXVII da CF/88 o qual, segundo o próprio Ministro, não necessitaria observar aplicação do Pacto de San José da Costa Rica e, a dois, a questão da desproporcionalidade suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, após tratar da hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos.

Se somados esses dois argumentos ao resultado do julgamento, verificaremos que todos culminaram no desprovimento do recurso extraordinário o que dificultaria, em tese, a afirmação de que é vencedora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos.

Contudo, tal pensamento não pode prosperar se analisarmos todo o contexto no qual está inserido o famigerado precedente. Também obtiveram o mesmo resultado os julgamentos dos habeas corpus de nº 87.585 e 92.566, pela supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 716.101-RS o relator Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática, reafirmou todos os entendimentos anteriores dando a seguinte textualidade em seu voto:

O Plenário desta Corte, no julgamento conjunto dos HCs ns. 87.585 e 92.566, Relator o Ministro Marco Aurélio e dos RREE ns. 466.343 e 349.703, Relatores os Ministros Cezar Peluso e Carlos Brito, Sessão de 3.12.08, fixou

o entendimento de que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica conduziu à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, restando, assim, derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel.

Deste modo, verifica-se que o que vinculou o próprio Supremo Tribunal Federal, além das demais instâncias do Poder Judiciário, foi o fundamento da suprallegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos — especificamente o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — e, por conseguinte, a perda da eficácia das normas regulamentadoras da prisão civil do depositário infiel.

Com base nesse julgamento, por exemplo, a doutrina também vai explicar que

A incompatibilidade vertical material descendente (entre o direito internacional dos direitos humanos mais favorável e o direito interno) resolve-se em favor da norma hierarquicamente superior (norma internacional), que produz “efeito paralisante” da eficácia da norma inferior (Gilmar Mendes). (MAZZUOLI; GOMES, 2010, p. 106).

Desta feita, podemos reconhecer que, ao menos, a tese vencedora foi da prevalência do direito internacional dos Direitos Humanos sobre o direito interno em sede de legislação ordinária, revogando aquele a eficácia deste em razão de quebrar a aplicabilidade constitucional da norma que institui a prisão civil por depositário infiel.

Outro aspecto que não se deve esquecer é que a súmula vinculante nº 25, aprovada em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009 e publicada no diário oficial da união no dia 23 de dezembro de 2009, traz expressamente em seu texto que a prisão civil por depositário infiel é ilícita, não inconstitucional¹³, uma vez que viola tratado internacional, mas não a Constituição expressamente.

Ora, a prevalecer a tese de que a hierarquia dos tratados não foi a questão central da discussão que culminou no desprovimento do recurso extraordinário nº 466.343-1-SP, deveria se ter dado outra redação a referida súmula, ressaltando a inconstitucionalidade de sua interpretação, haja vista que o contrato de depósito seria diferente do contrato de garantia fiduciária. Não foi o que o Supremo Tribunal Federal disse. Portanto, o ponto central para a resolução da lide foi, e ainda o é, a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aos quais se dá status de norma supralegal.

¹³ Súmula Vinculante 25 — É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Contudo, há um aspecto que não fecha nesse sistema suscitado pelo Supremo Tribunal Federal e passamos a trabalhar com esta perspectiva.

Ao construir sua noção de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet acaba por incorporar sentido mais profundo à tese defendida por José Afonso da Silva. Diz o autor que:

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo “eficácia jurídica”, o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a este aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada (SARLET, 2012, p. 214).

Podemos extrair desta afirmativa que — e até mesmo comungando com a defesa de José Afonso da Silva (2008) — toda norma que possui aplicabilidade possui também eficácia, porém, nem toda norma que possui eficácia é também aplicável.

Em outro aspecto, e agora dissociando a ideia de eficácia jurídica de eficácia social, Ingo Sarlet (2012, p. 215-216) assim explica:

Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Portanto, quando falamos em eficácia jurídica, estamos a tratar de sua incidência no ordenamento jurídico e não de sua eficácia social, que está muito mais ligada à questão de efetividade.

Neste íterim, a discussão que se travava acerca da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de Direitos Humanos toma outro rumo, dando maior proporção ao argumento daqueles que defendem a incidência instantânea das normas internacionais ratificadas anteriormente à EC/45.

Isto posto, voltamo-nos para a redação do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88 quando este diz expressamente que é vedada a prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Valério Mazzuoli (2001, p. 220) dava a seguinte resposta ao problema:

O raciocínio é simples: sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) norma de caráter geral, capaz somente de revogar normas de caráter também geral, é de se entender, sem muito esforço que, sendo o Código Civil e Código de Processo Civil leis “gerais”, tanto o disposto no art. 1.287 do primeiro diploma, quanto os arts. 902, § 1.º, e 904, parágrafo único, do Diploma Processual, reputam-se derogados pelo referido Pacto que a eles sobreveio.

Assim sendo, teríamos então a aplicação pura e simples do princípio *lex posterior derogat priori* (MAZZUOLI, 2001, p. 220). Porém, à época da publicação de referido texto, não havia a norma do art. 652 do Código Civil de 2002, que manteve intacto o dispositivo anterior. Estariam, então, o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos revogados por uma lei posterior? Analisando toda a construção teórica de Valério Mazzuoli queremos crer que que não foi esta a interpretação que o autor quis aplicar ao dispositivo. Além, e é claro que não podemos deixar de mencionar, dos valorosos escritos de Flávia Piovesan (2007) e Cançado Trindade (2003) que se alinham ao mesmo sentido.

Em determinado momento, se afirma que a aplicabilidade das normas infraconstitucionais que regem o instituto da prisão do depositário infiel estaria congelada pelos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e que, portanto, não possuem qualquer sobrevida ávida a decretar a prisão civil de quem quer que seja.

Contudo, e aqui abrimos uma respeitosa divergência, a predominar este entendimento, também estaríamos negando eficácia a uma norma constitucional utilizando de uma outra norma com ela conflitante e que, segundo o Supremo Tribunal Federal possui status hierárquico a ela inferior. Ora, pode uma norma com status inferior revogar uma norma com status superior?

Dentro desta construção, estamos levando em consideração duas asserções básicas: a uma, a norma do artigo 5º, inciso LXVII da CF/88 possui eficácia limitada e, a duas, a posição hierárquica dos pactos de Direitos Humanos é supralegal e, portanto, reduz a aplicabilidade das normas que com ele se conflitam.

Há que se ressaltar que o referido dispositivo constitucional foi resgatado da norma do artigo 173, § 17 da CF/69 a qual incluía em seu texto a expressão “na forma da lei”. Ora, esta norma, analisada em seu contexto original e de acordo com a análise que vem desde os

primeiros escritos sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais que atualmente é aceita (SILVA, 1993, p. 11), se enquadra perfeitamente na categoria de normas de eficácia limitada e que, portanto, necessitaria de uma regulamentação infraconstitucional para seu exercício e, por conseguinte, seria inaplicável sem referida norma ou se tal norma fosse revogada por outra a ela superior e inferior à Constituição Federal.

Porém, o atual texto constitucional dispensou a exigência de uma norma infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil para os casos de depositário infiel e também sobre a pensão alimentícia, na medida em que a expressão “na forma da lei” foi retirada do atual texto. Não se trata única e exclusivamente de uma interpretação literal, porém, trata-se de uma obediência ao próprio sentido de interpretação constitucional elencada por Canotilho (1993, p. 202):

Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma actividade — actividade complexa — que se traduz fundamentalmente na “adscrição” de um significado a um enunciado ou disposição linguística; (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído.

Continua ainda o autor (CANOTILHO, 1993, p. 203):

Deve distinguir-se entre enunciado (formulação, disposição) da norma e norma. A formulação da norma é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de “uma fonte direito”). Norma é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é parte de um texto interpretado.

A aplicação do direito exige de seu operador a atividade exegética sobre o texto legislativo a partir do qual se pauta a ciência que estuda as normas de convívio em sociedade, aqui pouco importando o método aplicado. Principalmente, levando-se em consideração, e.g., a efetivação do direito por meio do máximo instrumento de concretização do texto jurídico: a decisão judicial.

Ao tratar da conceituação de interpretação, Manuel Atienza (2010, p. 19) de início traz a problemática da dicotomia entre a interpretação como atividade e/ou como produto, de forma que, ao partir da filosofia de Platão, traz como aquilo que se entende como aplicação sinonímica

o resultado do produto a partir da dianoética. Por outro lado, a atividade interpretativa, tida como a ação cognitiva, como que de forma gradativa, a partir da noética se torna a internalização do significado de um conteúdo de determinado texto.

Ainda em Atienza (2010, p. 21-22), estaria, então, o intérprete ligado a três elementos da interpretação do texto normativo: a) o enunciado a interpretar, que é o texto legislativo ao qual se busca atribuir um significado; b) o enunciado interpretativo, no qual se busca o apoio à atividade interpretativa para sustentar um conhecimento do elemento anterior, dentro de uma ideia de sinonímia legislativa; e c) o enunciado interpretado, que é o resultado final da interpretação.

Ou seja, o intérprete faz um exercício mental no qual tenta estabelecer um significado sinonímico ao enunciado e, a partir daí, intenta associar o conteúdo desconhecido a outro já conhecido, momento em que, por fim, expressa sua exegese propondo um produto final, resultado da atividade interpretativa.

É de suma importância ressaltar que tanto Atienza, como também Rui Limongi França (1988, p. 22) já alertam

hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, as vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.

Quanto à aparente similitude entre hermenêutica e interpretação, e divergindo de Rui Limongi França neste aspecto, Carlos Maximiliano (2011, p.11) indica que há uma relação hierárquica entre hermenêutica e interpretação, já que aquela se resume a uma das formas de incidência e aplicação desta.

Ou seja, a hermenêutica é a interpretação aplicada. Porém, ambos são uníssonos em dizer que a interpretação jurídica não é unicamente atribuir um significado à lei a partir exclusivamente do texto normativo, mas o enunciado legislativo é um dos vários objetos da interpretação jurídica e estes objetos compõem uma grande máxima que é o direito como um todo.

Partindo, então, para o aspecto estrutural da interpretação constitucional, em primeiro plano, a conjecturação metódica da interpretação deve analisar — e levando em consideração o sentido cartesiano da palavra no qual cuida-se de um processo de decomposição dos

elementos que compõem um fenômeno a ser estudado — a construção dos métodos hermenêuticos tradicionais, explorando suas particularidades e trazendo à luz da ciência jurídica um debate acerca de sua efetividade na objetivação da norma.

Devemos ter como baliza a proibitiva do método escolhido, dedutivo, de trazer a conclusão antes da decomposição do fenômeno.

Sendo assim, obedecendo aos métodos expostos e exercitando a hermenêutica do texto constitucional, chega-se à conclusão de que ao retirar do texto constitucional a expressão “na forma da lei”, o legislador constitucional dispensou a limitabilidade da eficácia do preceito constitucional ali elencado, razão pela qual não se pode dizer que se trata de um instituto de aplicabilidade inexistente.

Embora não concordando com a premissa que pressupõe a prevalência do direito de se fazer cumprir o contrato em detrimento e ao deleite da liberdade pessoal, é impossível negar que há um pressuposto fundante da norma que consta do texto constitucional a permitir a prisão do depositário infiel, assim como do alimentante que voluntariamente descumpra com sua obrigação.

Entender de forma diversa, com base única e exclusivamente na norma constitucional é o mesmo que dizer que uma norma constitucional originária é inconstitucional, algo que se mostra logicamente inconcebível.

Antes que se proponha que haja uma incongruência, é preciso lembrar que a decisão de inconstitucionalidade do instituto sustentada pelo então Ministro Cezar Peluso recaia sobre a interpretação abrangente da prisão do depositário infiel para o contrato de garantia fiduciária, a qual concordamos, dado o caráter restritivo de liberdade pessoal.

Outro ponto que pode ser objeto de indagação é transição deste entendimento ao instituto do depositário infiel. O Ministro Gilmar Mendes afastou em sua integralidade a prisão do depositário infiel, seja voluntário ou não, baseando-se exclusivamente na hierarquia do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Há que se dissociar um ponto do outro.

Todas as normas constitucionais possuem eficácia. Algumas possuem eficácia limitada, enquanto outras possuem eficácia plena e aplicabilidade completa. As normas de eficácia limitada são destituídas de aplicabilidade. Porém, as normas de eficácia limitada possuem um resquício de eficácia, que é a de retirar do ordenamento jurídico todas as normas infraconstitucionais que com ela conflitem.

Como um mero exercício hipotético de raciocínio, utilizamo-nos do exemplo do artigo 7º, inciso XI da Constituição Federal de 1988 que até o momento não foi regulamentado por lei infraconstitucional. Veja-se que o dispositivo não possui qualquer aplicabilidade de ordem constitucional. Porém, uma lei ordinária que venha a dizer expressamente que “é ilegal a participação nos lucros da empresa a todos os trabalhadores brasileiros” será declarada inconstitucional com base no artigo 7º, inciso XI da CF/88. Ora, o instituto que até então era inanimado, vem à tona para tornar inconstitucional uma norma que com ele se conflita.

Um tratado que esteja abaixo da Constituição Federal, portanto, terá de com ela se adequar, sob pena de ser declarado inconstitucional. Não muito longe, esta construção se faz a partir dos esclarecimentos kelsenianos sob a incompatibilidade da teoria dualista ou mesmo da teoria monista nacionalista. Ou seja, constrói-se um sistema hierárquico ordenado, do qual se obedece a prevalência das normas hierarquicamente superiores em detrimento das normas hierarquicamente inferiores.

A partir desta exposição, questiona-se: seria o Pacto de San José da Costa Rica inconstitucional e, portanto, inaplicável? Há possibilidade de prisão civil ao depositário infiel?

Para tratar de tais questionamentos, deveremos, antes, trabalhar o status hierárquico do específico tratado internacional que veda tal instituto.

1.5.5 Status da Convenção Americana de Direitos Humanos

Seguindo a linha de raciocínio esposada anteriormente — e desconsiderando-se a posição do Supremo Tribunal Federal — chega-se à conclusão de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) figura no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional.

Por outro lado, se levarmos em consideração as exposições trazidas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, chegaremos à conclusão de que, segundo o entendimento pacificado no STF, trata-se de norma supralegal e que, portanto, está abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis ordinárias.

Porém, conforme esposado no tópico anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por criar um imbróglio maior do que o que se dispôs a solucionar, na medida em que ao determinar o status supralegal da CADH, fez com que uma norma abaixo da Constituição revogasse uma norma constitucional.

Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 105) entendem, todavia, que não se trata de uma revogação propriamente dita, embora admita que na prática foi o que aconteceu. Trata-se, segundo ele, de uma paralisação dos efeitos das normas regulamentadoras em detrimento de uma norma internacional com nível hierárquico superior.

Embora o entendimento do autor pareça o mais correto, ainda não soluciona a questão do porquê de as normas constitucionais perderem seus efeitos, haja vista sua aplicabilidade não depender de norma infraconstitucional que a regule.

Seguindo o raciocínio de Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes,

Há três clássicos critérios de solução das antinomias normativas. São eles: (a) hierárquico: norma superior revoga a inferior; (b) especialidade: lei especial derroga a lei geral; (c) posterioridade ou critério cronológico: lei posterior revoga a anterior. O conflito entre normas de direitos humanos, em regra, segue também o critério da hierarquia. Essa é a regra geral, que fica excepcionada quando a norma internacional é mais favorável. Sendo assim, tudo pode ser resumido da seguinte maneira: manda a regra mais favorável, flexibilizando-se o critério da hierarquia. (2010, p. 106).

Se bem analisarmos os três critérios gerais de resolução de antinomias, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal cometeu um evidente deslize, pois, em todos os aspectos prevaleceria a Constituição Federal com o depositário infiel. E, por outro lado, com menos razão se aplicaria a regra da norma internacional mais favorável, haja vista que hierarquicamente a Constituição Federal está, segundo a jurisprudência do Supremo, em nível hierárquico superior. Concluir de outra maneira seria distorcer os fatos para que se amoldem às teorias.

Como forma de exemplificar o raciocínio, basta verificar o que aconteceria com o crime de desacato. O Superior Tribunal de Justiça, que antes havia afastado a incidência do crime de desacato, voltou a aplicá-lo, violando o princípio da proibição do retrocesso e da aplicação da norma mais favorável.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, relator do HC nº 379.269-MS, ao proferir seu voto especificou que:

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação ao voto do relator: a meu sentir, a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica – como sustentam a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o representante do MPF nesta assentada – o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do respectivo princípio da liberdade de expressão.

As normas de direito internacional, integrantes do nosso ordenamento jurídico, podem ser interpretadas como qualquer outra, não havendo essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.

A bem da verdade, a terceira sessão de julgamento acabou por contrariar os preceitos interamericanos de proteção dos Direitos Humanos em sede de liberdade de expressão.

Os Direitos Humanos possuem proteção internacional e, como é o caso dos Estados signatários da CADH, mais especificamente da Corte IDH o que, por si só, não é capaz de evidenciar uma conclusão a respeito da tipificação dos crimes contra a honra, motivo pelo qual passamos à análise de uma segunda premissa, que é a ligação da liberdade de expressão com o direito de personalidade no entendimento do órgão jurisdicional interamericano.

Neste contexto, é primordial destacar o entendimento de Bittar (2015, p. 57-58) quando este assenta os direitos de personalidade para análise de sua tutela quanto ao dano moral:

A propósito, adotamos a seguinte classificação dos direitos da personalidade, a partir da natureza dos bens jurídicos envolvidos: a) direitos físicos, como a vida, o corpo (próprio ou alheio); as partes do corpo; o físico, a imagem, a voz, o cadáver, a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão, de culto, ou de credo etc.); a higidez psíquica, a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou de boa forma); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro, as lembranças de família e outros (...) (grifo nosso)

A realçar este fragmento doutrinário brasileiro, seguimos no sentido de que a liberdade de expressão integra os direitos da personalidade. E, diga-se, um fragmento bastante significativo para o assentamento da premissa que se pretende preceituar é a própria jurisprudência da Corte IDH, quando esta expede a Opinião Consultiva nº 5/85, solicitada pela Costa Rica, e que versava sobre o credenciamento de jornalistas. Tal documento explicita:

Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, mas compreende também, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários. Quando a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e de expressão compreende o direito a difundir informações e ideias "por qualquer... processo", está destacando que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente. Daí a importância do regime jurídico aplicável à imprensa e ao status de quem se dedique profissionalmente a ela.

Em referido documento, a Corte IDH deixa claro que existem duas dimensões da liberdade de expressão, sendo uma delas de caráter individual e outra de caráter social. Porém, é no caráter individual que reside o núcleo mais intenso de proteção dos direitos da personalidade, e assim também o foi no julgamento do caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, também conhecido como caso *A Última Tentação de Cristo*.

É por meio destes dois parâmetros que percebemos que a Corte IDH: a um, prestigia a liberdade de expressão em seus vários aspectos assim como o faz com os direitos de personalidade, a dois, relaciona de forma recíproca a importância de se preservar este direito em detrimento daquele e vice-versa.

Em sua dimensão coletiva, o que nos remete a uma análise sob o prisma social da liberdade de expressão, a Corte IDH não é a única em afirmar a importância da proteção de tal direito da personalidade. O fragmento determinante desta percepção é o extraído de Bobbio (2000, p. 20):

(...) é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.

Na mesma linha, seguem Bertoni e Zelada (2016, p. 324):

Através do “estandarte democrático”, a Corte Interamericana propõe que a liberdade de expressão é um valor que, uma vez perdido, põe em perigo a vigência dos princípios essenciais à existência de uma sociedade democrática. A proteção do direito de expressar as ideias livremente se torna, assim, fundamental para a plena vigência dos demais direitos humanos.

Enfim, trata-se de uma demonstração latente de que proteção da liberdade de expressão em suas camadas individuais ou coletivas toma reflexos outros que vão além das proporções

epistemológicas e tomam forma de introdução material na própria cerne da proteção efetiva dos Direitos Humanos.

A proteção da liberdade de expressão, portanto, é basilar para salvaguardar, em uma camada individual, o direito de personalidade, e, em uma camada coletiva, o exercício da democracia.

É certo, porém, que, em determinado momento, a liberdade de expressão e o direito à honra — ambos contidos nos direitos da personalidade — acabam por conflitar entre si, facilmente verificável em uma análise empírica, o que nos leva a crer que deva existir um fator de ponderação que deva imperar na aplicação deste ou daquele dispositivo de acordo com a casuística.

Ainda no tocante ao exercício responsável da liberdade de expressão, impera ressaltar a afirmação de Silva e Francischini (2015, p. 360):

A liberdade de pensamento é livre, incensurável, mas o que se faz com ela é a atitude que deve ser analisada juridicamente e punível quando for o caso, afinal crenças e ideias são subjetivas e individuais, mas prejudicar ou denegrir ao próximo é universalmente censurável.

No entendimento jurisprudencial da Corte IDH, as ponderações são analisadas com base nos parâmetros fixados no caso *Kimel vs Argentina*, em 2008, quando da prolação da sentença de mérito, reparações e custas. Tal caso diz respeito a Eduardo Kimel, um jornalista, escritor e pesquisador histórico, formado pela Universidade de Buenos Aires, que, em 1989, publicou um livro denominado *Lo Masacre de San Patricio* que versa sobre o ocorrido na ditadura militar argentina. Um juiz promoveu uma ação penal contra Kimel por conta do seguinte trecho:

realizou todos os trâmites necessários. Coletou os relatórios policiais com as primeiras informações, solicitou e obteve as perícias forenses e balísticas. Fez comparecer uma boa parte das pessoas que podiam apresentar dados para o esclarecimento. No entanto, a leitura dos autos judiciais conduz a uma primeira pergunta: Queria-se realmente chegar a uma pista que conduzisse aos assassinos? A atuação dos juízes durante a ditadura foi, em geral, conivente, quando não, cúmplice da repressão ditatorial. No caso dos palotinos, o [J]uiz [...] cumpriu a maioria dos requisitos formais da investigação, ainda que seja evidente que uma série de elementos decisivos para a elucidação do assassinato não foram levados em consideração. A prova de que a ordem para o crime havia partido de dentro do poder militar paralisou a investigação, levando-a a um ponto morto.

O fato mais marcante da condenação da vítima de Direitos Humanos foi a incerteza do tipo penal a ser aplicado, haja vista que, em primeira instância, Kimel foi condenado pelo crime de injúrias afirmando que, no ordenamento jurídico argentino, “tudo o que ofende a honra, não sendo calúnia, é uma injúria.” Porém, em última instância, a Suprema Corte reaplicou o crime de calúnia.

Ao prolatar sua sentença, a Corte IDH se valeu de quatro critérios para se pronunciar se o Estado deveria ser responsabilizado ou não: i) a legalidade estrita da tipificação de tais delitos; ii) idoneidade ou finalidade legítima; iii) necessidade da punição; e iv) estrita proporcionalidade.

Quanto à legalidade estrita, é pacífico no entendimento o órgão jurisdicional interamericano que uma tipificação penal deve corresponder a uma conduta não ambígua e, que de forma discriminada, os elementos que compõe a conduta criminosa. Até mesmo o Estado da Argentina reconheceu que há indefinição legal e que, por conta de uma visível falta de tecnicismo por parte do legislador, o que levou a Corte IDH a entender que há a responsabilidade estatal neste aspecto.

No concernente à idoneidade e finalidade legítima, firmou-se o entendimento de que é legítima a tipificação penal de crimes contra a honra em relação aos funcionários públicos e, quanto a este posicionamento, inclusive, manifestaram-se favoráveis os juízes Sérgio García Ramirez e Diego García-Sayán em seus votos apartados. Porém, tanto os juízes quanto o plenário da Corte IDH concordaram que os funcionários públicos devem ser mais tolerantes com as críticas advindas de seus jurisdicionados.

Dentre as medidas adequadas e necessárias a alcançar o fim legítimo ao qual se propõe a penalização da conduta de Eduardo Kimel, aquela que foi adotada pelo Estado da Argentina não se mostrou bem aplicada, conforme o entendimento da Corte IDH, de modo que, assim como em vários outros casos — Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador, Ricardo Canese vs Paraguai e Palamara Iribarne Vs. Chile — firmou-se posicionamento no sentido de que a intervenção penal é a *ultima ratio* da *extrema ratio*.

Por fim, outro parâmetro esposado na sentença do caso em tela foi a proporcionalidade da medida condenatória, no qual se chegou ao seguinte argumento:

A Corte observa que o senhor Kimel realizou uma reconstrução da investigação judicial do massacre e, a partir disso, emitiu um juízo de valor crítico sobre o desempenho do Poder Judiciário durante a última ditadura militar na Argentina. Na audiência pública do presente caso (par. 9 supra), o senhor Kimel ressaltou que o texto, no que se refere ao juiz denunciante, era

“um parágrafo que devia estar no livro porque continha, apesar de sua brevidade, um dado significativo: qual havia sido a conduta da justiça argentina durante aqueles trágicos anos da ditadura militar para investigar o assassinato dos sacerdotes”. O senhor Kimel não utilizou uma linguagem desmedida e sua opinião foi construída tendo em conta os fatos verificados pelo próprio jornalista.

As opiniões expressadas pelo senhor Kimel não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas. Como tal, a opinião não pode ser objeto de sanção, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre um ato oficial de um funcionário público no desempenho de seu cargo. Em princípio, a verdade ou falsidade se predica apenas a respeito de fatos. Daí que a prova a respeito de juízos de valor não pode ser submetida a requisitos de veracidade.

Tendo em conta o anterior, a Corte conclui que a violação à liberdade de expressão do senhor Kimel foi manifestamente desproporcional, por ser excessiva, em relação à alegada afetação do direito à honra no presente caso.

Ao analisar a sentença do caso em tela, pode-se extrair uma máxima fundamental à compreensão do tema: no entendimento da Corte IDH, a tipificação dos crimes contra a honra por si só não configura uma violação da CADH. Porém, no tocante à tipificação do crime de desacato, é necessário verificar se sua necessidade está de acordo com a finalidade legítima a qual se propõe. Neste aspecto, Bertoni e Zelada (2016, p. 337) afirmam que “A diferença dos casos sobre difamação criminal antes vistos, na sentença do caso Palamara Iribarne a Corte Interamericana se inclina claramente pela necessidade de derrogação dos delitos de desacato.” (tradução nossa¹⁴)

Partilhamos, de todo modo, do mesmo entendimento esposado pelos autores citados no sentido de que a sentença do caso Palamare Iribarne vs. Chile é categórica quando afirma que as disposições penais chilenas sobre o crime de desacato violaram as disposições do art. 2 da CADH:

¹⁴ Texto original: A diferencia de los casos sobre difamación criminal antes vistos, en la sentencia del Caso Palamara Iribarne la Corte Interamericana se inclina claramente por la necesidad de la derogación de los delitos de desacato.

Desta forma, ao ter incluído em seu ordenamento interno normas sobre desacato contrárias ao artigo 13 da Convenção¹⁵, algumas ainda vigentes, o Chile descumpriu a obrigação geral de adotar disposições de direito interno que emana do artigo 2 da Convenção.

Os fatos que circundaram o caso supracitado são equiparados aos do caso *Kimel vs. Argentina*, haja vista a conduta da vítima de violação de Direitos Humanos ter sido a publicação de um livro que expõe críticas a funcionários da inteligência do exército chileno, de modo que percebemos a total contrariedade da Corte IDH a tipificação de condutas que tenham caráter valorativo individual e que comprometam a liberdade de expressão dos jurisdicionados dos Estados membros da OEA.

Desta forma, apesar de possuir um objeto jurídico tutelado pela esfera penal com uma finalidade legítima, não basta para que se tenha uma adequação com a jurisprudência da Corte IDH. É necessário que as opiniões que tenham cunho histórico ou meramente de valoração cuja autenticidade é impossível de ser verificada — e aqui ressaltamos que não se trata de uma afirmação fática, mas de uma afirmação valorativa pessoal ao seu interlocutor — possam ser interpretadas como críticas à prestação do serviço público.

E, antes que se possa afirmar que haveria um total desamparo aos funcionários públicos ofendidos em razão de sua função, a situação não inclui a falsa imputação de crime que se poderia perpetrar em função desta abertura legislativa. No mais, derrogação do crime de desacato não significa a liberação total de ofensas pessoais aos funcionários públicos, na medida em que resta a esfera cível para apurar eventual dano ao indivíduo em detrimento de sua própria honra, mas não às instituições públicas.

Desta feita, podemos concluir que o crime de desacato viola a CADH a qual, porém, o Superior Tribunal de Justiça negou ser afrontada em decisão do HC nº 379.269-MS,

¹⁵ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito 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 sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

remetendo-nos à questão central: a tese de que a CADH ocupa posição hierárquica equivalente à norma legal é uma ficção — o termo mais apropriado seria “criação”, porém, como o próprio Ministro Gilmar Mendes nos lembra, trata-se de uma incorporação de um instituto alemão — que, em nosso ordenamento jurídico, tem efeito de uma norma constitucional.

Outro aspecto que já foi refutado anteriormente e que, porém, merece ser ressaltado, é o argumento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45 acabaram por ser aprovados sem o quórum exigido pelo § 3º do art. 5º da CF/88, razão pela qual não detém status de norma constitucional.

No tocante a este ponto, houve a recepção constitucional material da CADH em relação à referida emenda constitucional, garantindo-se status equivalente às normas constitucionais em seu conteúdo material.

No mais, afirmar que a aplicação de uma norma internacional de proteção de um direito humano em detrimento de uma norma constitucional é o mesmo que atribuir àquela hierarquia supralegal é de uma incongruência a qual enxergamos com bastante relutância.

Veja-se que a negar eficácia a uma norma constitucional sob o argumento de que uma norma supralegal, e, portanto, àquela inferior, prevê que o conflito será resolvido pela aplicação da norma mais favorável é o mesmo que equiparar tal norma a outra de status constitucional. Ora, em última instância, estaríamos aplicando o preceito elencado pela norma de proteção dos Direitos Humanos por via indireta.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal agregou ao Pacto de San José da Costa Rica (CADH) todos os atributos de uma norma constitucional, mas, ao final, apenas nomeou tal feito como norma supralegal.

Entendemos ser latente o absoluto caráter de norma materialmente constitucional que deve ser atribuído à Convenção Americana de Direitos Humanos concedendo-lhe prevalência sobre normas de direito interno que com ela se conflitem, respeitado sua premissa de aplicação da norma mais benéfica ao ser humano em caso de antinomia.

Importante frisar que o artigo 2 da CADH¹⁶ é específico em determinar que o Estado-parte na convenção deve abraçar as normas convencionais e garantir que todas as diligências estão sendo tomadas como medida de adoção das regras internacionais em direito interno.

¹⁶ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno — Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Deste modo, concluimos pelo carácter hierárquico constitucional das normas constantes nos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, o que inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS PARÂMETROS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Uma vez constituída a primeira premissa — qualificando a hierarquia normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos entre as normas constitucionais — é necessário estudar a premissa segunda cujo teor indicará quais os próximos passos imprescindíveis à estruturação de uma conclusão obedecendo às regras metodológicas propostas inicialmente.

Antes de concluir, portanto, sobre qualquer aspecto da lei de anistia, é primordial que analisemos os parâmetros de justiça de transição erigidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao iniciar o debate sobre o que é justiça, Michael Sandel (2012, p. 14) trabalha com três elementos: a busca pelo bem-estar, pelo respeito à liberdade e promoção da virtude.

Uma questão da filosofia política elencada por Sandel (2012, p. 17) é se uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos, ou se a justiça estaria especificamente no ato de não regulamentar virtudes, mantendo-se neutra nesse aspecto.

Para responder a esse questionamento, Sandel faz uma divisão entre os pensamentos políticos antigos e modernos. Aos pensamentos políticos antigos é atribuído o sentido de justiça aristotélica o qual exige que se dê a cada um o que é seu, estabelecendo virtudes que são dignas de honra e recompensa. Ou seja, estamos diante de um pensamento que defende a interferência legislativa nos pontos atinentes aos valores.

Em outra ponta, atribuindo-se ao pensamento de Kant e de John Rawls a filosofia política moderna, Sandel (2012, p. 17) especifica que uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para que este, por si próprio, designe o significado de uma vida boa.

A diferença entre as duas ordens de pensamento é evidenciada na medida em que uma das filosofias políticas - a antiga - parte do pressuposto da virtude, enquanto outra - a mais moderna - parte do pressuposto da liberdade.

Interessante notar que, ao trazer à baila a discussão sobre os dilemas morais - nos fornecendo o exemplo do bonde desgovernado e dos pastores desarmados – Sandel (2012, p. 36) nos leva a questionar a cerne problemática da decisão certa. Em determinado momento, nós somos levados a agarrar a premissa mais sólida para fundamentar nossa decisão, por mais que a resposta confronte um valor igualmente precitado. Porém, ao refletirmos sobre o resultado a que chegamos, somos levados - como que em um retorno ao ponto inicial do ciclo, mas agora com a experiência da resposta ao problema final - a rediscutir a decisão a que chegamos e, a

decisão, que parecia sólida, se desmorona como um castelo de cartas de baralho. A situação de Luttrell se projeta sobre a discussão desta problemática da justiça.

Mais adiante, em sua obra, Sandel (2012, p. 48) especifica a relação da busca do prazer em detrimento da dor como fundamento da filosofia utilitarista de Bentham - a qual, dentre outros feitos intrigantes, deu origem ao modelo panóptico.

A moral, para esta percepção filosófica de justiça, é a regência de um maestro que se utiliza da orquestra para agradar seu ouvinte, independentemente se o fio melódico executado é compatível com uma leitura robusta da partitura. A explicação constitui da fonte da felicidade comunitária. Ora, a comunidade é um conjunto de vários indivíduos.

Inicialmente, a proposta pode parecer aceitável e, para alguns, até mesmo defensável. Porém, quando deparamos com a ideia da segregação de mendigos ou da satisfação do bem coletivo ignorando — não completamente, mas ao menos mitigando — os interesses individuais, como é o exemplo, trazido por Sandel (2012, p. 50), da felicidade romana em detrimento do sofrimento dos cristãos jogados aos leões, começamos a repensar alguns aspectos da filosofia utilitarista.

Trata-se, na verdade, da tradução de todos os valores em uma moeda comum que significa sopesar todos os aspectos de uma situação que gera sofrimento e as suas respostas possíveis e, a partir disto, reduzir os pontos negativos e positivos, quantificando as possibilidades e aceitando aquela que cause menos dor ao ser humano.

Uma geração depois, Mill tenta salvar a teoria utilitarista criando um novo conceito de garantias baseada exclusivamente na liberdade individual, a qual determina que haja uma soberania do ser em seu próprio corpo.

Porém, tal explanação não passa despercebida por Sandel (2012, p. 65):

As especulações de Mill sobre os efeitos sociais salutares da liberdade são bastante plausíveis. Entretanto, não fornecem uma base moral convincente para os direitos do indivíduo por pelo menos duas razões: em primeiro lugar, respeitar os direitos individuais com o objetivo de promover o progresso social torna os direitos reféns da contingência. (...) Em segundo lugar, ao basear os direitos individuais em considerações utilitaristas, deixamos de considerar a ideia segundo a qual a violação dos direitos de alguém inflige um mal ao indivíduo, qualquer que seja seu efeito no bem-estar geral.

O grande argumento do melhor para todos é posto à prova quando Sandel (2012, p. 69-70) questiona se todos seguem o mesmo plano sobre o que é o ideal. Mill é derrotado por um episódio de Os Simpsons transmitido aos alunos de Sandel que, na hora de escolher o

melhor — num páreo entre Shakespeare, Simpsons e World Wrestling Entertainment — apresentam divergência não só entre os demais colegas como também consigo mesmos. A maioria dos alunos escolheu Os Simpsons, mas quando perguntados sobre a qualidade dos trabalhos, todos mudaram os votos para Shakespeare.

Ademais, Sandel trabalha com a ideia de Kant para ilustrar as diferenças entre o pensamento utilitarista e a fundamentação da metafísica dos costumes, o qual evidencia a leitura kantiana da moral e da ética.

Não se precisa ir muito longe para identificar que a proposição de Kant é uma versão completamente avessa aos princípios utilitaristas do propósito de cumprimento do ordenamento jurídico como fundamento de justiça. Diz o autor que:

Uma acção praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina; não depende portanto da realidade do objecto da acção, mas somente do princípio do querer segundo o qual a acção, abstraindo de todos os objectos da faculdade de desejar, foi praticada. (KANT, 2007, p. 30).

Continua o autor:

O valor moral da acção não reside, portanto, no efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio da acção que precise de pedir o seu móbil a este efeito esperado. Pois todos estes efeitos (a amenidade da nossa situação, e mesmo o fomento da felicidade alheia) podiam também ser alcançados por outras causas, e não se precisava portanto para tal da vontade de um ser racional, na qual vontade — e só nela — se pode encontrar o bem supremo e incondicionado. Por conseguinte, nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral, o qual se encontra já presente na própria pessoa que age segundo esta lei, mas se não deve esperar somente do efeito da acção. (KANT, 2007, p. 31-30).

Trata-se de uma resolução significativa para o problema da volatilidade da interpretação do que é o bem geral para a sociedade, integrando-se com uma aceção metódica da projecção do cumprimento das regras para que se alcance a felicidade humana: o homem é um fim em si mesmo.

Sandel (2012, p. 140) acaba por fazer uma tradução muito interessante de Kant, quando explica que

Kant raciocina da seguinte forma: quando nós, como animais, buscamos prazer ou evitamos a dor, na verdade não estamos agindo livremente. Estamos agindo como escravos dos nossos apetites e desejos. Por quê? Porque, sempre que estamos em busca da satisfação dos nossos desejos, tudo que fazemos é voltado para alguma finalidade além de nós.

Estamos diante, portanto, de uma limitação ao conceito de liberdade tido por Bentham e repensado em Mill, na medida em que a liberdade é tida por Kant como um equilíbrio das ansiedades.

Mill abre sua obra fazendo uma crítica a Kant levando a gênese da ética e da moral ao princípio da grande felicidade calcado por Bentham. Segundo Mill (2005, p. 43):

Investigar até que ponto os maus efeitos desta deficiência foram mitigados na prática, ou em que medida as crenças morais da humanidade foram viciadas ou tornadas incertas devido à ausência de qualquer reconhecimento distinto de um padrão último, implicaria um exame e crítica exaustivos das doutrinas éticas do passado e do presente. Contudo, seria fácil mostrar que, seja qual for a estabilidade ou consistência que essas crenças morais tenham atingido, ela deveu-se principalmente à influência tácita de um padrão não reconhecido, Embora a inexistência de um primeiro princípio reconhecido tenha tomado a ética não tanto um guia, mas antes uma consagração, dos sentimentos que os homens efectivamente têm, ainda assim, como os sentimentos dos homens, tanto de aprovação como de aversão, são muito influenciados por aquilo que eles supõem ser os efeitos das coisas na sua felicidade, o princípio da utilidade, ou, como Bentham lhe chamou mais tarde, o Princípio da Maior Felicidade, teve um grande peso na formação das doutrinas morais mesmo daqueles que mais desdenhosamente rejeitam a sua autoridade.

Reconhecendo a lição de Kant, Mill (2005, p. 44), contudo, aponta uma crítica frontal ao pensamento kantiano:

O meu presente propósito não é o de criticar esses pensadores; porém, não posso deixar de referir, a título de exemplo, um tratado sistemático de um dos mais ilustres deles: a *Metafísica da Ética*, de Kant. No tratado em questão, este homem notável, cujo sistema de pensamento continuará a ser durante muito tempo um dos marcos na história da especulação filosófica, estabelece como origem e fundamento da obrigação moral o seguinte primeiro princípio universal: 'Age de forma a que a regra segundo a qual ages possa ser adoptada como lei por todos os seres racionais'. Mas, quando começa a deduzir deste preceito cada um dos deveres efectivos da moralidade, fracassa, de uma maneira quase grotesca, na tentativa de mostrar que haveria uma contradição, uma impossibilidade lógica (para não dizer física) na adopção, por todos os seres racionais, das regras de conduta mais escandalosamente imorais. Tudo o que mostra é que as consequências da sua adopção universal seriam tais que ninguém escolheria sujeitar-se a elas.

Desta feita, é de se verificar que há uma total dissonância do pensamento utilitarista com a proposta kantiana de entender o comportamento ético humano como uma busca de encontrar em si mesmo um fim, agindo, portanto, ainda que contra a sua felicidade momentânea, na segurança do respeito aos valores fundamentais da humanidade.

Fato é que aquele que se dedica à proteção dos Direitos Humanos prescindindo da busca pela felicidade geral ou pela “felicidade maior”, por lógica, rejeita a premissa utilitarista que defende a irrelevância do princípio fundamental da dignidade quando conflitante com a felicidade superior da sociedade geral.

Já no caminhar para o fim de sua obra, nos deparamos com alguns apontamentos de Sandel (2012, p. 259) que demonstram grande afinidade com o objeto de estudo desta pesquisa, principalmente quando o filósofo contemporâneo trata da obrigação recíproca que temos uns para com os outros, traduzido em um pedido público de desculpas.

O ponto trazido por Sandel que possui grande potencial em abrir divergência com a doutrina da justiça de transição é a questão do individualismo moral contraposto ao dever de prestar desculpas por fatos históricos. Muito se questionou acerca da transferência de culpa para outras pessoas. Um dos questionamentos apresentados é: ora, se eu nunca tive escravos, por que eu deveria pedir desculpas pela escravidão? (SANDEL, 2012, p. 262-263).

E é em preocupação ao balizamento e orientação da premissa que serão analisados os pontos cardinais da justiça de transição como elementos para a configuração do fenômeno de modo que se verifique a justaposição ou não dos argumentos em favor do afastamento da política de anistia.

2.1 Definição e as Fases da Justiça de Transição

Conceituada como sendo um conjunto de políticas que revisam os fatos ocorridos em um regime anterior com a finalidade de transpor-se para um novo regime, a justiça de transição encontra fragmentos históricos em ocorridos desde o surgimento da democracia ateniense.

São vários os momentos da justiça de transição. Mas, é no momento da revolta popular que se iniciam as movimentações clamando por mudanças no cenário político ditatorial em que se encontram. Ensinam Guillermo O’Donnell e Philippe C. Schmitter (1988, p. 91):

Em alguns casos e em momentos particulares da transição, muitas dessas diversas camadas da sociedade reúnem-se para formar o que denominamos “revolta popular”. Sindicatos, movimentos de base, grupos religiosos,

intelectuais, artistas, clérigos, defensores de direitos humanos e associações profissionais apóiam-se mutuamente em seus esforços pela democratização e formam um todo maior que se identifica a si mesmo como “o povo”, *el pueblo, il popolo, le peuple, ho laos*.

Ao fazer um estudo da obra desses autores, no intento de definir a justiça de transição, Renan Quinalha (2012, p. 28) afirma que

(...) embora as tarefas e questões mais prementes das transformações sociais imponham-se de imediato a um novo governo, nos momentos posteriores à sua investidura é que costumam ser enfrentadas as questões mais candentes da transição, por isto mesmo negligenciadas e delegadas para a posteridade. Em outras palavras, sob essa perspectiva, a aurora de um novo regime normalmente não é mais do que um prefácio, tendo em vista que as transições não têm prazo definido ou um rol de tarefas predeterminadas a cumprir, ainda que sempre motivadas e impulsionadas pela pressa e pelas reivindicações dos diferentes atores políticos.

E continua o autor:

Desse modo, entende-se a transição política como um momento histórico em aberto, marcado por um processo complexo e não linear, em que diversas forças sociais concorrem por imprimir um destino comum à coletividade. Nesse processo, inexistem uma escala de estágios ou pontos de passagem definidos de antemão. (QUINALHA, 2012, p. 29).

É imperioso ressaltar também que existem aqueles que defendem a construção de uma conceituação de transição com base nos fragmentos históricos deixados pelas democracias gregas e seu processo de afirmação, como é o caso de Elster (2004, p. 3), por exemplo, que inicia sua obra explicando que

A justiça de transição democrática é quase tão antiga quanto a democracia em si. Em 411 a.C. e, novamente, em 404-403 a.C., os atenienses viram a conversão da democracia em uma oligarquia, seguida dos oligarcas derrotados e a restauração da democracia. Em ambos os casos, o retorno para a democracia se deu juntamente com medidas retributivas contra os oligarcas. Em 403, os atenienses também tomaram medidas em direção à restituição das propriedades confiscadas pelo regime oligárquico. O episódio seguinte de justiça transicional ocorreu mais de dois mil anos depois, na Restauração Inglesa. (tradução nossa)¹⁷

¹⁷ Texto original: Democratic transitional justice is almost as old as democracy itself. In 411 b.c. and then again in 404–403 b.c., the Athenians saw the overthrow of democracy by an oligarchy, followed by defeat of the oligarchs and restoration of democracy. In each case, the return to democracy went together with retributive measures against the oligarchs. In 403, the Athenians also took steps toward restitution of property that had been confiscated by the

Outro fragmento histórico trazido pelo autor (ELSTER, 2004, p. 47) foi a transição do regime francês, inobstante ele mesmo reconhecer que houvesse outros regimes que também encontram pontos da justiça de transição, como é o caso de Camboja, Timor Leste e Coreia do Sul.

Apesar de a revolução francesa ter um caráter muito mais absolutório do que as transições atenienses, os elementos essenciais da justiça de transição verificáveis no fato histórico são as políticas de punição dos conspiradores contra o regime estabelecido após a quebra do poder monárquico (ELSTER, 2004, p. 48).

Há quem diga que o termo transição deveria ser interpretado de outro modo, na medida em que não se trata necessariamente de apenas reger novos contornos do regime a ser adotado, mas de uma revisitação do passado. Contudo, ficamos com a lição de BUANI (2012, p. 128) quando expõe em seus escritos que

Da mesma forma, alguns instrumentos da justiça de transição como as comissões de verdade, sua institucionalização e funcionamento já pressupõem um Estado mais ou menos estável, e não mais de um Estado em transição. Entretanto, a transição é o período de construção até o momento em que ocorra o fortalecimento ou a consolidação de instituições nacionais que não mais estejam totalmente dependentes de administrações internacionais em seus territórios, daí a necessidade do termo 'transição'.

O grande momento histórico, contudo, que é amplamente atribuído à primeira fase da justiça de transição como a conhecemos é o período pós segunda guerra mundial, no qual os julgamentos dos crimes de guerra inauguraram um novo paradigma para a percepção da necessidade de revisão dos atos praticados em regimes ditatoriais ou totalitários precedentes à democracia.

A gênese da justiça transicional moderna se dá em 1945, tida como o grande triunfo da demonstração da política de transição implementada com o Tribunal de Nuremberg no direito internacional. (TEITEL, 2003, p.70)

O próprio Elster (2004, p. 1) indica que a justiça de transição se caracteriza pelo processo de investigação, punição e reparação que assume lugar no período imediatamente após a conversão de um regime em outro. Tido pelo citado autor como um estudo empírico (2004, p. 80), esta persecução se propôs de modo a perseguir sempre três fundamentos básicos: (i)

oligarchic regime. The next episode of transitional justice occurred more than two thousand years later, in the English Restoration.

identificação da concepção de justiça, (ii) suas relações de causalidade mais relevantes e, também (iii) as consequências do impacto no comportamento futuro.

Ratificando o entendimento esposado por Flávia Piovesan, Japiassú e Miguens (2014, p. 228) afirmam que

De toda forma, pode-se dizer que essa etapa da justiça de transição teve como símbolo os julgamentos de Nuremberg, desenvolvendo-se a partir de 1945, em condições específicas, que não se protraíram e que começaram a se alterar a partir dos anos 50, com a Guerra Fria. Teve, portanto, como características de cooperação entre os Estados, a aplicação de uma justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional, aplicado à Alemanha de reduzida soberania no pós-guerra.

Não se pode olvidar, contudo que o período pós-guerra e seu êxtase inicial tomaram novos rumos com a corrida armamentista e o advento da guerra fria, que assolou o mundo no espectro de uma guerra nuclear e, então, surge-se um novo momento de tensão.

A segunda fase também é associada à onda de democratização acelerada com a queda da união soviética que auxiliou a remodelação de vários regimes, que se estenderam ao longo da Europa Ocidental, África e América Central (TEITEL, 2005, p. 839).

É nessa fase que se verifica a maior incidência de criação de comissões dedicadas a investigação de fatos ocorridos no regime anterior assim como a divulgação da versão das pessoas vítimas de violações de Direitos Humanos. São as chamadas comissões da verdade. Trata-se de uma onda de “justaposição da verdade à justiça” (TEITEL, 2003, p. 78).

Outra característica que se deve ao modelo de transição extraído da segunda fase da justiça de transição é a criação das leis de anistia, como forma de pacificação política e recriação do regime subsequente.

Teitel nos explica que (2003, p. 79):

O modelo da segunda fase pareceu avançar alguns dos objetivos de lei da justiça penal em sociedades de transição, nos quais as instituições jurídicas estavam funcionando sob condições de transição estressadas. Visto em uma perspectiva genealógica, o principal objetivo das comissões da verdade não era a justiça, mas a paz¹⁸. (tradução nossa).

¹⁸ Texto original: The second phase model did appear to advance some of the rule-of-law aims of criminal justice in transitional societies, in which legal institutions were functioning under stressed transitional conditions. Seen in a genealogical perspective, the primary aim of truth commissions was not justice but peace.

Nos regimes ditatoriais latino-americanos tais como do Chile, Peru, Argentina, Brasil, verificou-se uma tendência em criar uma lei de anistia — tida por alguns como auto anistia em razão de trazer maiores benefícios aos agentes estatais do que propriamente aos rebeldes após a transição — que dava ares de perdão aos crimes cometidos por ambos os lados.

Em se tratando do regime ditatorial argentino, quando Alfonsí assumiu o comando da nação iniciou-se um processo de revisão da anistia e punição dos crimes cometidos em período de regime militar pautando-se em três aspectos: (i) punição irrestrita de todos aqueles que cometeram crimes, sejam os perseguidores ou os perseguidos; (ii) um curto lapso temporal para a punição de tais ilícitos; e (iii) a análise de grau hierárquico ocupado pelas pessoas que se pretende punir (NINOS, 2006, p. 10).

Na terceira fase, coloca-se este processo de transição em um patamar além dos níveis nacionais de jurisdição, integrando-se o processo político de conversão de um regime em outro a um organismo internacional jurisdicionado para que, a partir destes conceitos globais de proteção dos Direitos Humanos, se obtenha uma incursão da justiça internacional (JAPIASSÚ; MIGUENS, 2014, p. 233).

Sobre este aspecto de globalização sedimentado ao modelo da terceira fase da justiça de transição, Nagy (2008, p. 280) leciona que

A justiça transitória também implica um período de interregno fixo com um fim distinto; Ele passa por um passado violento ou repressivo e um futuro pacífico e democrático. As noções de ‘romper com o passado’ e ‘nunca mais’, que se alinham com os mecanismos de transição dominantes, moldam um sentido definitivo de ‘agora’ e ‘então’.¹⁹ (tradução nossa).

Ao final de sua obra, a autora conclui:

O direito internacional e as normas transnacionais devem ter um papel elevado nas circunstâncias de transição, precisamente porque os sistemas jurídicos e políticos nacionais são fracos ou corruptos. Ao mesmo tempo, instituições remotas e mecanismos e análises estreitamente concebidos não mudarão a vida das pessoas comuns para melhor.²⁰ (NAGY, 2008, p. 287) (tradução nossa).

¹⁹ Texto original: Transitional justice also implies a fixed interregnum period with a distinct end; it bridges a violent or repressive past and a peaceful, democratic future. Notions of ‘breaking with the past’ and ‘never again’, which align with the dominant transitional mechanisms, mould a definitive sense of ‘now’ and ‘then’.

²⁰ Texto original: International law and transnational norms must have a heightened role in transitional circumstances precisely because national legal and political systems are weak or corrupt. At the same time, remote institutions and narrowly conceived mechanisms and analyses will not change ordinary people’s lives for the better.

Em outras palavras, trata-se de uma evidente necessidade de internacionalização das políticas de justiça de transição, trazendo à jurisdição internacional questões mais profundas e próprias à proteção dos Direitos Humanos, como é o caso, por exemplo, da Corte IDH, cujo instrumento magno é a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.2 Princípios de Chicago

Em sua expedição rumo à compreensão da justiça de transição, Bassiouni faz uma análise do período pós conflito e traz uma leitura que nos leva à reflexão sobre a aplicação dos princípios de Chicago a um contexto de profundas mudanças estruturais de um regime para outro.

Ao iniciar suas lições, Bassiouni (2007, p. 8) especifica que a grande relevância do estudo dos princípios de Chicago para a justiça pós conflito está em um fato preponderante para a transição de um regime anterior autoritário para um regime posterior democrático. Explica o autor que

Os Princípios de Chicago sobre a Justiça pós-conflito destacam o valor a longo prazo de um compromisso firme com a responsabilidade integrada dentro de um plano de base para a reconstrução e a reconciliação nacionais. Uma série de princípios orientadores que estabelecem compromissos fundamentais claros em relação à justiça pós-conflitos podem ajudar os negociadores a resistir à tentação de evitar um envolvimento com questões de justiça para conseguir convenientes assentamentos políticos²¹. (tradução nossa).

O primeiro princípio elencado por Bassiouni (2007, p. 29-30) é o de que os Estados devem investigar as alegações de flagrantes violações de Direitos Humanos e de direito humanitário pautando-se, inicialmente, na primazia das instâncias internas para a resolução da demanda. Contudo, ao trazer referido princípio à baila, o próprio Bassiouni verifica a possibilidade de análise de casos de violações pelas instâncias internacionais em duas hipóteses: (i) quando os órgãos nacionais, por si só, não conseguem efetivar investigações imparciais, sérias e efetivas, ocasião em que poderá haver uma combinação entre os trabalhos para a resolução das alegadas violações; ou (ii) quando os órgãos de jurisdição interna estão

²¹ Texto original: The Chicago Principles on Post-Conflict Justice highlight the long-term value of a firm commitment to accountability integrated within a broad-based plan for national reconstruction and reconciliation. A series of guiding principles that establish clear foundational commitments regarding post-conflict justice may help negotiators resist the temptation to avoid an engagement with questions of justice in order to achieve expedient political settlements.

completamente comprometidos, ocasião em que os tribunais internacionais de proteção de Direitos Humanos absorverão para si a competência para análise, investigação e julgamento dos casos de violação de Direitos Humanos.

Neste prospecto da participação dos órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, é necessário que os Estados atuem perenemente na partilha de informações, documentos e dados sobre as violações de Direitos Humanos. Assim como também é essencial que se coopere com as investigações, extradições ou implementação de julgamento de estrangeiros quando houver notícia de seu envolvimento com as violações investigadas.

Verificamos, desta feita, que a análise deste primeiro princípio preza pela investigação formal de todos os aspectos que envolvem violações de Direitos Humanos ocorridas no período anterior, pautando-se por todas as máximas do devido processo legal, como a imparcialidade e independência do órgão julgador, a individualização da pena e da conduta, respeitar o duplo grau de jurisdição, vedação do *bis in idem*, proteção de testemunhas e dos oficiais que trabalham na resolução do caso e, por fim, a publicidade dos atos processuais.

No concernente ao direito de defesa dos acusados, há uma certa limitação que deve ser observada, como é o caso da mitigação de estatutos que sobreponham os direitos dos acusados ao direito das vítimas de violações de Direitos Humanos ou de direito humanitário. Também deve ser rechaçada a alegação de que apenas praticou as violações imputadas em razão de que obedecia a ordens superiores, assim como os superiores são igualmente responsáveis, verificando a proporcionalidade da pena em relação ao seu grau de participação nos atos violadores (BASSIOUNI, 2007, p. 32-33).

Dentre vários outros aspectos inseridos na lição de Bassiouni encontra-se a impossibilidade da concessão de anistia geral por crimes contra humanidade, crimes de guerra ou crimes de genocídio (2007, p. 35). Leciona o autor:

Os Estados que fornecem anistia ou outros mecanismos para reduzir a responsabilidade legal individual por crimes passados devem fazê-lo em consideração do direito internacional. Os Estados devem assegurar que as políticas de anistia estejam ligadas a mecanismos específicos de responsabilização para desencorajar a impunidade e apoiar os objetivos da justiça pós-conflito. A anistia é mais aceitável quando proporciona proteção aos perpetradores de baixa renda, crianças-soldados, responsáveis por crimes menos graves e aqueles obrigados a cometer violações²². (tradução nossa)

²² Texto original: States that provide amnesty or other mechanisms to reduce individual legal responsibility for past crimes shall do so in consideration of international law. States should ensure that amnesty policies are linked to specific mechanisms of accountability to discourage impunity and support the goals of post-conflict justice.

Em outras palavras, apenas quando se mostrar extremamente necessária e não houver outro modo de se alcançar a pacificação, a concessão da anistia deve levar em consideração as práticas adotadas e o papel daquele que praticou as violações de Direitos Humanos, além de se realizar a verificação das ações sempre em um contexto diferenciado da violação flagrante. Frise-se, a anistia é concedida aos perseguidos pelo regime de exceção, não aos perseguidores, o que configura a auto anistia.

O Estado, segundo esses princípios, não pode se escusar de exercer a jurisdição para garantir o acesso de seus jurisdicionados aos fatos reais que levaram às alegadas violações, sob pena de promover um amargo esquecimento como base de um frágil regime democrático.

É tido como o segundo princípio máximo justiça pós conflito, ou justiça de transição, que os Estados devem respeitar o direito à verdade e encorajar investigações formais de violações passadas por meio de comissões da verdade ou outras instituições (BASSIOUNI, 2007, p. 37).

Este segundo princípio é entendido como o direito à verdade — o qual engloba as violações gerais, sob as quais recai o patrimônio histórico da sociedade, e também as violações específicas, nas quais encontram-se os direitos dos familiares e demais particulares intimamente ligados aos fatos — e, é a partir dele, que se começa a delinear a metódica das comissões da verdade e seus deveres institucionais.

Insta salientar que dentre os deveres institucionais das comissões da verdade encontramos os princípios da imparcialidade e independência, que devem reger os trabalhos em pauta, bem como a determinação de responsabilidade das violações de Direitos Humanos imputadas a indivíduos ou grupos de indivíduos, inclusive, envolvendo a população em geral em consultas públicas.

Inobstante não se tratem de cortes jurisdicionais, as comissões da verdade têm o dever institucional de realizar o link das suas investigações e conclusões documentadas com as instâncias jurídicas públicas para que se proceda as devidas responsabilizações e punições junto aos demais órgãos competentes (BASSIOUNI, 2007, p. 39).

O terceiro princípio versa sobre o reconhecimento de status de vítima concedido às pessoas que sofreram violações de Direitos Humanos, garantindo-lhes, dessa forma, especial proteção, amplo acesso à justiça com direito aos remédios jurídicos efetivos e as devidas reparações.

Amnesty is more acceptable when it provides protection to low-ranking perpetrators, child soldiers, those responsible for less serious crimes, and those forced to commit violations.

Leciona Bassiouni (2007, p. 45) que

As vítimas têm direito a um acesso igual e efetivo à justiça, informações factuais sobre violações e reparações adequadas, efetivas e rápidas. Os Estados devem respeitar os direitos individuais e coletivos das vítimas à justiça. Os Estados devem divulgar os remédios aplicáveis e disponibilizar os meios legais, institucionais, diplomáticos e consulares adequados para promover o acesso das vítimas à justiça. (tradução nossa)²³

Dentre os aspectos reparatórios elencados estão a restituição (atinentes aos bens materiais eventualmente confiscados), compensação (atinentes aos danos imateriais sofridos), reabilitação (atinentes aos cuidados médicos, psicológicos ou sociais) e as garantias de não repetição.

Em respeito ao quarto princípio de Chicago, o Estado deve promover uma agenda que estabeleça vetos políticos, sanções e medidas administrativas ávidas a barrar qualquer movimentação cujo objetivo seja retornar ao estado anterior. E aqui fazemos um paralelo muito importante com o chamado progresso moral da humanidade de Bobbio (2004, p. 26), quando este evidencia que:

Contudo, mesmo não sendo um defensor dogmático do progresso irresistível, tampouco sou um defensor igualmente dogmático da idéia contrária. A única afirmação que considero poder fazer com certa segurança é que a história humana é ambígua, dando respostas diversas segundo quem a interroga e segundo o ponto de vista adotado por quem a interroga. Apesar disso, não podemos deixar de nos interrogar sobre o destino do homem, assim como não podemos deixar de nos interrogar sobre sua origem, o que só podemos fazer — repito mais uma vez — escrutando os sinais que os eventos nos oferecem, tal como Kant o fez quando propôs a questão de saber se o gênero humano estava em constante progresso para o melhor.

O ciclo de políticas públicas deve conter uma agenda voltada à publicidade das investigações e conclusões às quais se chegou. Isto no sentido de educar e conscientizar a população acerca dos erros do passado em relação à violência política passada e preservar a memória histórica (BASSIOUNI, 2007, p. 51), com fundamento básico no quinto princípio de Chicago.

²³ Texto original: Victims have the right to equal and effective access to justice, factual information concerning violations and adequate, effective and prompt reparations. States shall respect victims' individual and collective rights to justice. States shall publicize applicable remedies and make available appropriate legal, institutional, diplomatic, and consular means to promote victims' access to justice.

No tocante ao sexto princípio, o Estado deve respeitar e promover o respeito às abordagens tradicionais, de povos originários ou religiosas dadas às violações de Direitos Humanos do passado. Dentre as várias concepções adstritas a este princípio, está o da conexão com a reconciliação social dos povos, reconhecendo as violações perpetradas contra as minorias ou maiorias hipossuficientes.

Por fim, em seu último princípio, Bassiouni (2007, p. 56) explica que é dever do Estado a promoção de reformas legislativas, estruturais e ter como programa fixo de governo a restauração da confiança pública no funcionamento das instituições como fundamento à boa governança e do bom andamento do regime democrático.

Dentre os vários aspectos do último princípio encontram-se, por exemplo, a reforma para a independência do poder judiciário, ratificação de convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos, adotar programas estratégicos dentro do contingente militar para promoção da defesa dos Direitos Humanos, rever a aplicação das leis ampliando os direitos e garantias fundamentais, combate à corrupção e, também, o monitoramento das violações de Direitos Humanos.

É possível identificar, portanto, que muito dos princípios básicos de justiça pós-conflito são norteadores da interpretação e aplicação das normas de proteção dos Direitos Humanos dentro do sistema interamericano de Direitos Humanos, na medida em que podemos verificar que a jurisprudência da Corte IDH caminha no mesmo sentido do que se extrai do entendimento de referidos princípios, conforme trataremos a seguir.

2.3 A Jurisprudência da Corte IDH sobre Justiça de Transição

Observando que a CADH resguarda status normativo de norma constitucional, conforme assentado anteriormente, é necessário verificar qual a sua compatibilidade com a justiça de transição de acordo com os preceitos até então visitados.

É de se concordar com a doutrina, inclusive, que as balizas da justiça de transição têm como propósito não só o sentimento de penalização dos violadores de Direitos Humanos, como também a estruturação do sistema jurídico em um novo contexto marcado e carregado pelas sombras do passado que se quer evitar (BUANI, 2012, p. 126).

Não se deve olvidar que a Corte Interamericana é o órgão máximo para interpretação da CADH, na medida em que o próprio tratado internacional assim lhe confere jurisdição para

exercer sua competência consultiva e contenciosa os Estados que o tenham ratificado (MACGREGOR; MÖLLER; 2014, p. 46).

Há que se observar, inclusive, que a jurisdição internacional é tida como um dentre os vários níveis da justiça de transição, sendo acionada como um complemento às instituições internas quando essas se mostram falhas ou inaptas a concretizarem todos os aspectos essenciais à reestruturação do novo regime (ELSTER, 2004, p. 80).

Essa nova perspectiva de acesso à jurisdição internacional para socorrer as violações de Direitos Humanos advém do processo de humanização do direito internacional, o qual tanto defende Cançado Trindade (2006, p. 17), quando este expõe:

O Estado — hoje se reconhece — é responsável por todos os seus atos — tanto *jure gestionis* como *jure imperii* — assim como por todas suas omissões, por parte de qualquer de seus poderes ou agentes. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado.

Trata-se, em última análise, de outro enfrentamento sob o aspecto das violações de Direitos Humanos, os quais são atinentes ao direito das gentes e que, quando ineficiente, incumbe ao Estado responder por esse acometimento que recai sobre seus jurisdicionados, os que, afinal, seguram o peso do caminho errado tomado por um Estado ditatorial.

De há muito Cançado Trindade (1991, p. 39) já alertava para os reflexos da expansão e da generalização da proteção internacional dos Direitos Humanos de modo que se possibilitou uma maior atenção aos grupos específicos como detentores de proteção especial, como é o caso dos trabalhadores, refugiados, mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, povos originários, dentre muitos outros.

Sobre a interpretação e aplicação dos Direitos Humanos, nos fornece, em suas lições, o referido autor:

Os tratados de direitos humanos, dados a natureza essencialmente objetiva das obrigações que incorporam e seu caráter especial ou autônomo, acarretam uma interpretação própria. Esta interpretação é um processo essencialmente dinâmico, dado que os tratados de direitos humanos são tidos como instrumentos vivos. A evolução do direito da proteção dos direitos humanos através da interpretação constitui um fenômeno que não pode ser ignorado. Ademais, dada a multiplicidade de instrumentos de direitos humanos em nossos dias, não chega a surpreender que a interpretação e a aplicação de certos dispositivos de um determinado tratado de direitos humanos sejam às

vezes utilizadas como orientação para a interpretação de dispositivos correspondentes de outro tratado de direitos humanos (em geral mais recente). (TRINDADE, 1991, p. 48-49).

E é neste contexto de compartimentalização das jurisdições internacionais que se engloba o entendimento da justiça de transição interamericana, o qual não se pode olvidar a grande massificação dos regimes ditatoriais nos países sul-americanos nas décadas de 70 a 90, que observaram grande onda de violações de Direitos Humanos.

Destarte, passamos a analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *leading cases* que abordaram as principais transições do período ditatorial até a democracia dos países latino-americanos.

Os casos que serão analisados têm uma conexão muito importante com o julgamento do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia) no qual o Brasil foi condenado pela Corte IDH a revogar a Lei de Anistia, na medida em que cada qual possui ligação com as matérias de defesa alegadas pelo Estado brasileiro no julgamento perante o Tribunal Interamericano e, inclusive, muitas delas debatidas na ADPF nº 153.

O caso Velásquez Rodríguez foi o primeiro julgamento perante a Corte IDH de um Estado-parte na CADH e começa a delinear os principais conceitos de recurso adequado e efetivo no que tange à aplicação do art. 46 da CADH e suas exceções preliminares, assim como se obtém um conceito próprio acerca das violações atinentes ao desaparecimento forçado.

O caso Barrios Altos vs. Peru, por sua vez, foi o primeiro caso em que a Corte IDH analisa especificamente as leis de auto anistia e as declara violadoras das disposições da CADH por comprometerem a obrigação de seus Estados-parte concernentes ao dever de investigar, identificar e punir os agentes estatais responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante períodos de ditadura, isto como forma de justiça de transição.

Por sua vez, o caso Almonacid Arellano vs. Chile possui uma íntima ligação com o caso brasileiro, uma vez que nele também se discutiu a questão da retroatividade de uma lei penal para prejudicar o réu como óbice ao julgamento agentes estatais que cometeram graves violações de Direitos Humanos. Outra situação analisada no caso, foi o imbróglio advindo da ratificação da CADH posterior a promulgação da Lei de Anistia.

No tocante ao caso La Cantuta vs. Peru, foi verificada a responsabilidade internacional do Estado-parte na CADH quanto a necessidade de revogação da Lei de Anistia, mesmo que já tenha ocorrido o reconhecimento parcial das violações que lhe é imputada.

2.3.1 Velásquez Rodríguez vs. Honduras

O caso em tela foi o primeiro julgamento de um Estado-parte na CADH perante a Corte IDH e versa sobre o desaparecimento forçado do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, à época estudante da Universidad Nacional Autónoma de Honduras, que foi preso sem ordem judicial de captura por membros da Dirección Nacional de Investigación (DNI) e do G-2 das Forças Armadas de Honduras.

Durante sua internação na II Estación de La Fuerza de Seguridad Pública, a vítima foi submetida a interrogatórios à base de sessões de tortura acusado de delitos políticos. Porém, a sua detenção fora negada várias vezes pelas autoridades de Honduras.

A CIDH apresentou vários pedidos de informações ao governo de Honduras sobre a situação na qual se encontrava a vítima de tais violações, sendo o primeiro em 14 de outubro de 1981 e o segundo em 24 de novembro do mesmo ano, porém, sempre sem resposta.

Diante, pois, da inércia do Estado de Honduras em apresentar manifestação escrita ante a solicitação de informações por parte da CIDH, referido órgão emitiu informe de admissibilidade e de mérito Resolução nº 30/83 em 04 de outubro de 1983, o qual fundamentou-se no artigo 39 do Regulamento da CIDH, que prevê a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte denunciante.

Segundo dispunha a resolução, a CIDH determinou que o Estado de Honduras abrisse uma investigação completa e imparcial para determinar a autoria dos fatos denunciados, sancionasse os responsáveis de acordo com as leis internas e que informasse à CIDH sobre o cumprimento de tais disposições.

Honduras solicitou uma reconsideração da Resolução nº 30/83 fundamentando-se no fato de que não teriam sido esgotados os recursos internos antes que se levasse o caso à Corte IDH, que também o DNI desconhecia o paradeiro da vítima e que o governo estava agindo com todas as diligências para determinar a localização do Sr. Velásquez Rodríguez.

Diante das informações prestadas pelo Estado de Honduras, a CIDH determinou a suspensão do trâmite do caso para que se aguardassem novos informes sobre os fatos e as violações alegadas.

Contudo, após passados vários meses da suspensão do procedimento, Honduras não havia prestado as declarações que se comprometera a fazê-lo, de modo que a própria CIDH adotou uma postura mais firme e emitiu uma solicitação no dia 11 de março de 1985, a qual não fosse cumprida restaria a submissão do caso à Corte IDH.

Finalmente, o Estado de Honduras respondeu à solicitação contendo, porém, poucas informações sobre o paradeiro de Velásquez Rodríguez, o que levou a CIDH a emitir a Resolução nº 22/86, a qual considerou as informações prestadas insuficientes, e submeter o caso à Corte IDH.

À época do julgamento do caso — e, diga-se, este foi o primeiro caso julgado pela Corte IDH — não havia a determinação do artigo 42.6 do Regulamento da Corte IDH²⁴, de modo que a decisão sobre o mérito das violações foi postergada, diante das alegações de exceções preliminares por parte do Estado de Honduras.

Em resumo²⁵, a Corte IDH rechaçou quase todas as exceções preliminares apresentadas pela República de Honduras. A única exceção preliminar que restou irresoluta na época da prolação da sentença preliminar (26 de junho de 1987) foi a referente ao prévio esgotamento dos recursos internos, qual se entendeu que se confundia com o mérito, razão pela qual seria analisada no momento oportuno.

O momento oportuno para análise da exceção preliminar se deu em 29 de julho de 1988, ocasião em que a primeira sentença em um caso contencioso havia sido expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalta-se que durante a tramitação do caso perante a Corte IDH, a oitiva da testemunha Jorge Isaías Vilorio foi frustrada em razão de sua morte em uma via pública por um grupo armado que, ao executar a vítima, deixou uma insígnia de um movimento guerrilheiro hondurenho conhecido como Cinchonero junto ao corpo. Outras duas testemunhas foram mortas após prestar seus depoimentos perante a Corte IDH, o sr. Moisés Landaverde e o sr. Miguel Ángel Pavón Salazar.

Com base nisto, a Corte IDH determinou, a pedido da CIDH, que o Estado hondurenho adotasse medidas provisórias que garantissem a proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas não só no caso Velásquez Rodríguez como também em outros como Godínez Cruz vs. Honduras.

Antes de resolver o mérito do caso, a Corte IDH passou a analisar a exceção preliminar de falta de prévio esgotamento dos recursos internos, a qual é tida como princípio da

²⁴ Artigo 42. Exceções preliminares. 6. A Corte poderá resolver numa única sentença as exceções preliminares, o mérito e as reparações e as custas do caso.

²⁵ Embora a questão processual seja realmente instigante, haja vista que vários paradigmas sobre as exceções preliminares foram resolvidos neste *leading case*, não é o foco deste trabalho analisar tais aspectos do caso, de modo que se procederá a análise do mérito.

complementariedade do órgão jurisdicional interamericano, já tratado anteriormente. Disse o parágrafo 61 da sentença:

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema em conformidade com seu direito interno antes de se ver enfrentado em um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, por esta ser "coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo)

No caso em tela, a Corte IDH firmou o entendimento de que não basta a mera alegação do Estado de que não foram previamente esgotados os recursos internos para acolhimento da exceção preliminar. É necessário que o Estado também apresente quais os recursos a serem esgotados e demonstre se são adequados e efetivos²⁶. O desaparecimento poderia ser sanado por simples petição de habeas corpus, disse o Estado hondurenho, sendo acatado pela Corte IDH, neste ponto. Contudo, em se tratando de prisão clandestina, embora o recurso adequado fosse o habeas corpus, este não seria efetivo, de modo que ficou rechaçado o argumento preliminar.

Na análise de mérito do caso, ficou comprovado que o desaparecimento de Velásquez Rodríguez estava inserido em um contexto de várias outras violações parecidas envolvendo as forças armadas da República de Honduras contra opositores do governo hondurenho.

Ao logo de várias audiências, procedeu-se a oitiva de testemunhas que foram advogadas de outros presos políticos e também gerais do próprio Estado, o que acabou por confirmar a versão trazida pela CIDH ao processo. Dentre as várias alegações que ficaram provadas, a Corte IDH levou em consideração que: (i) durante os anos de 1981 e 1984, houve o desaparecimento de 100 a 150 pessoas; (ii) os desaparecimentos obedeciam a um padrão de *modus operandis*; (iii) que os desaparecimentos eram perpetrados por agentes militares; (iv) as pessoas sequestradas eram tidas como inimigas de Estado, e também eram submetidas a sessões de tortura; (v) que Velásquez Rodríguez desapareceu nesse contexto; e (vi) não houve qualquer prova de que Velásquez Rodríguez pertencia a grupos subversivos.

Da sentença se extrai que a Corte IDH — e não sozinha, diga-se — verifica um certo crescimento exponencial patológico de práticas deste viés na América Latina ao longo deste

²⁶ A Corte IDH firmou seu entendimento de que recurso adequado é aquele que é juridicamente ávido a alcançar o objeto pretendido — no caso de desaparecimento, por exemplo, seria o habeas corpus — e efetivo é o recurso que, de fato, pode alcançar o fim almejado.

período em análise, o que nos leva a crer que há uma relação desses eventos com as ditaduras militares que acometeram os países membros da OEA.

Para tanto, nos valem do posicionamento de Flávia Piovesan (2010, p. 432):

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados das Américas Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados partes da Convenção na época, menos da metade tinham governos eleitos democraticamente, enquanto que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região têm governos eleitos democraticamente²⁷. (tradução nossa).

Denota-se do entendimento esposado pelo órgão jurisdicional interamericano que inobstante a preocupação com a manutenção da ordem jurídica vigente, esta não pode ser usada como escusa de se cumprir com o respeito e defesa dos Direitos Humanos e suas garantias elencados na CADH.

Ademais, já neste primeiro caso a Corte IDH fixou seu entendimento no sentido de que o desaparecimento forçado constitui violação múltipla e continuada dos direitos elencados na Convenção que os Estados partes estão obrigados a respeitar e garantir.

Consta também do referido documento que

De acordo com o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um direito, se está perante uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, uma vez que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuarem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.

O mencionado princípio adéqua-se perfeitamente à natureza da Convenção, que se viola em toda situação na qual o poder público seja utilizado para lesar os direitos humanos nela reconhecidos. Se fosse considerado que não compromete o Estado quem se beneficia do poder público para violar tais direitos através de atos que vão além de sua competência ou que são ilegais, tornar-se-ia ilusório o sistema de proteção previsto na Convenção.

²⁷ Texto original: En 1978, cuando la Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor, muchos de los Estados del centro y sur América eran gobernados por dictaduras. De los 11 Estados partes de la Convención en la época, menos de la mitad tenía gobiernos elegidos democráticamente, mientras que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región tiene gobiernos elegidos democráticamente.

Trata-se, portanto, de obrigação de respeito aos Direitos Humanos que o Estado parte da Convenção deve adotar e, denota-se da leitura, o ponto mais importante é a resposta do Estado à violação de Direitos Humanos perpetrada por seus agentes.

Continua a decisão da Corte IDH afirmando que:

Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.

Exige-se que o Estado tome uma postura inconivente com as práticas que violam os Direitos Humanos elencados na CADH, promovendo investigações que tragam à luz a verdade dos fatos e de forma imparcial, séria e efetiva promova a punição dos responsáveis, além, é claro, do conteúdo reparatório imputado ao Estado.

Ao final do processo, rechaçando a exceção preliminar apresentada pelo Estado hondurenho, a Corte IDH: (i) declarou que a República de Honduras violou os artigos 4, 5 e 7 da CADH, todos em combinação com o art. 1.1 de referida convenção; e (ii) determinou que, em não se manifestando sobre o assunto, deveria o Estado de Honduras indenizar Velásquez Rodríguez na forma posteriormente prescrita pela própria Corte IDH.

Adotando o princípio da equidade, e invocando normas de direito internacional, a Corte IDH determinou que a reparação dos danos morais causados à vítima se dessem em dinheiro, no montante de setecentos e cinquenta mil lempiras destinados ao Sr. Velásquez Rodríguez e cento e oitenta e sete mil e quinhentos lempiras à sua cômuge. Aos filhos do casal foi determinado o pagamento de quinhentos e sessenta e dois mil e quinhentos lempiras.

2.3.2 Barrios Altos vs. Peru

Este caso é tido como paradigmático para as reflexões sobre a lei de anistia no sistema interamericano de Direitos Humanos na medida em que foi o primeiro caso em que a Corte IDH expressamente se posicionou acerca da (in)compatibilidade do perdão legislativo aos crimes cometidos em regimes anteriores como elemento de política de transição.

No ano de 1991, especificamente na data de 03 de novembro, um grupo de indivíduos fortemente armados invadiram um imóvel situado no local conhecido como Barrios Altos, que nomeou o caso ante o SIDH, onde ocorria uma festa com intuito de arrecadar fundos para reforma do referido edifício.

Inobstante estarem com seus rostos cobertos por balaclavas, foi possível identificar que os indivíduos possuíam idade entre 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos, os quais, inopinadamente adentraram na propriedade e dispararam indiscriminadamente contra todos que lá se encontravam, matando 15 (quinze) pessoas e deixando outras 04 (quatro) gravemente feridas, dentre as quais uma restou permanentemente incapacitada.

Ressalta-se que os invasores chegaram ao local em veículos que possuíam sirenes e alarmes de uma viatura policial e que, porém, antes do ataque foram desligados para silenciar o advento e, ao que indicaram as vítimas sobreviventes, as armas foram equipadas com silenciadores. Após o ataque, porém, as sirenes e luzes foram religadas.

No curso das investigações, foram encontradas na cena do crime 111 (cento e onze) cartuchos e 33 (trinta e três) projéteis de pistolas metralhadoras. Também ficou identificado que os invasores eram membros do Exército peruano, e que pertenciam a um grupo de extermínio conhecido como Grupo Colina que se dedicava a matar supostos membros do Sendero Luminoso, o que foi corroborado pelo documento apresentado pelo congressista Javier Diez Canseco, chamado “Plan Ambulante”, que descrevia todas as operações ocorridas no Barrios Altos.

Em 14 de novembro de 1991, alguns senadores apresentaram pedido de esclarecimento do ocorrido que ficou conhecido como crime de Barrios Altos e, no dia seguinte, foi aprovada a criação de uma comissão parlamentar investigatória para apurar tais fatos noticiados no senado peruano.

Ocorre, porém, que a comissão parlamentar, que já havia feito visitas *in loco* para averiguar o local dos fatos e ouvir testemunhas, nunca chegou a concluir suas investigações, devido ao fato de que, em detrimento da crise constitucional peruana de 1992, o congresso foi dissolvido pelo governo de emergência e reconstrução nacional do então presidente Alberto Fujimori e o congresso seguinte não retomou as investigações, nem publicou os resultados aos quais chegou a comissão investigatória anterior.

Houve também a tentativa frustrada de se iniciar uma investigação judicial por parte da 41ª fiscal provincial penal de Lima, que denunciou quatro membros do Exército pelos fatos ocorridos em Barrios Altos junto ao 16º juizado penal de Lima, à qual os investigados —

naturalmente — se opuseram, alegando que o caso deveria ser transferido a um tribunal militar, em razão da incompetência material alegada pelos envolvidos no crime.

A investigação judicial formal foi iniciada somente em 19 de abril de 1995, porém, o alto comando militar se insurgiu contra a oitiva dos membros do Grupo Colina, impedindo o prosseguimento da persecução criminal por meio de uma resolução que proibia qualquer acusado de prestar depoimento no 16º juizado penal de Lima, em razão de haver um processo paralelo seguir tramitando junto à justiça militar.

Em petição dirigida à Suprema Corte peruana, os militares reclamaram a competência para julgar os fatos requerendo a suspensão do processo perante a justiça comum, impedindo-se as investigações por parte desta sobre os fatos.

Sequer a Suprema Corte decidiu sobre os fatos, na medida em que o Congresso, em 14 de junho de 1995, aprovou a Lei nº 26.479, a qual anistiava todos os militares, policiais e civis que houvessem cometido, entre 1980 e 1995, violações de Direitos Humanos ou participado dessas violações. A lei foi sancionada imediatamente pelo então presidente e entrou em vigor no dia seguinte, deixando sem efeito qualquer investigação, processo ou pena que estivesse em curso sobre qualquer violação de Direitos Humanos praticada por policiais, militares ou mesmo civis.

O embate agora se tornou mais técnico, na medida em que não só em primeira, como também alguns juízes de segunda instância entendiam que a lei peruana nº 26.479 não se aplicava ao caso do crime de Barrios Altos, em razão de ser tal disposição, em seus entendimentos, incompatível com as disposições constitucionais e as obrigações internacionais assumidas pelo Estado do Peru.

A recusa em aplicar a lei de anistia nº 26.479 provocou o Congresso peruano a aprovar uma segunda lei de anistia, a Lei nº 26.492, dirigida especialmente a interferir nas ações judiciais do caso Barrios Altos, inclusive afirmando que a anistia não seria poderida ser revisada pelo Judiciário.

Em 14 de julho de 1995 a Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima decidiu pelo arquivamento definitivo do caso, fundamentando que a lei de anistia era definitivamente compatível com os preceitos constitucionais peruanos e também com os tratados internacionais de Direitos Humanos.

O processamento do caso perante o SIDH foi um tanto quanto tormentoso, na medida em que a defesa do Estado peruano tentava de todos os modos o seu julgamento perante a Corte IDH.

A CIDH recebeu uma denúncia da Coordenadora Nacional de Derechos Humanos contra o Estado do Peru e, posteriormente, determinou a intimação do Estado no prazo de 90 (noventa) dias. No referido peticionamento houve pedido de medidas cautelares para determinar que o Estado garantisse a integridade física e pessoal dos peticionários.

O fato mais curioso, contudo, foi que o Estado apresentou pedido de rechaço à petição das alegadas vítimas por falta de esgotamento de recursos internos. Inobstante o pedido estatal, a CIDH emitiu informe de mérito no qual constou que o Estado havia violado a CADH e deveria revogar as leis de anistia, por serem incompatíveis com o ordenamento internacional de proteção dos Direitos Humanos, bem como promover uma investigação imparcial, séria e efetiva com a finalidade de identificar os responsáveis pelos ataques em Barrios Altos e, também, prosseguir com o processo criminal contra os denunciados do exército.

Durante o processo perante a Corte IDH o Estado do Peru formulou uma petição na qual denunciava à competência contenciosa da Corte IDH, retirando-lhe a jurisdição sobre os casos de violações de Direitos Humanos praticados pelo Peru. Ocorre, contudo, que a Corte IDH expediu uma resolução indicando que este comportamento do Estado peruano era inadmissível por violar o princípio internacional do *pacta sunt servanda*, bem como do artigo 68.1 da CADH²⁸.

Apesar das medidas estratégicas da defesa, com a mudança do regime de Fujimori em 2000, percebeu-se também uma mudança de perfil processual ante a Corte IDH, bastando-se verificar que o Estado peruano reconheceu todas as violações de Direitos Humanos praticados pelos agentes estatais, comprometendo-se a dialogar com as vítimas no sentido de estabelecer valores de indenizações por danos materiais e morais, bem como a revogação da lei de anistia e prosseguimento das investigações e do processo penal instaurado.

De toda sorte, como forma de sanar qualquer dúvida sobre a incompatibilidade de leis de anistia com as disposições da CADH, a Corte IDH proferiu sentença na qual ficou reconhecida a responsabilidade do Estado do Peru, determinando a revogação da mesma.

No terceiro parágrafo de seu voto apartado, o então Juiz da Corte IDH Antonio Augusto Cançado Trindade parabeniza a decisão do pleno do órgão jurisdicional interamericano sustentando que:

No presente caso, Barrios Altos, fazendo uso livre e pleno, conforme o caso, dos poderes inerentes a sua função judicial, a Corte, pela primeira vez em um

²⁸ Artigo 68. 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

caso de busca, além de admitir o reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado demandado, também estabeleceu consequências jurídicas da dita busca, tal como se desprende dos categóricos parágrafos 41 e 43 da referida sentença, (...) (tradução nossa²⁹)

Resta claro, portanto que a Corte IDH rechaça a criação de leis de anistia, determinando como princípio básico da justiça de transição no sistema de proteção interamericano de Direitos Humanos.

É o entendimento que partilhamos, seguindo os ensinamentos de Flávia Piovesan (2013, p. 398):

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

Deste modo, é paradigmática a posição da Corte IDH na contribuição para o modelo da terceira fase da justiça de transição, estabelecendo seus primeiros passos em direção à formação dos parâmetros transicionais aplicados aos Estados membros da OEA.

2.3.3 Almonacid Arellano vs. Chile

Outro caso de alta relevância à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos é o denominado Almonacid Arellano vs. Chile, do qual faremos também uma breve análise para extrair os principais fragmentos no intento da construção da premissa acerca da incompatibilidade da lei de anistia com a jurisprudência da Corte IDH.

No dia 11 de setembro de 1973, por meio de uma marcha militar, houve a destituição ilegítima do governo do então presidente chileno Salvador Allende pelas forças armadas, que

²⁹ Texto original: En el presente caso Barrios Altos, haciendo uso libre y pleno, como le corresponde, de los poderes inherentes a su función judicial, la Corte, por primera vez en un caso de allanamiento, además de haber admitido el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demandado, también ha establecido las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento, tal como se desprende de los categóricos párrafos 41 y 43 de la presente Sentencia, (...)

impuseram um regime ditatorial condensando os poderes executivo e legislativo nas mãos do Presidente da República.

Contra aqueles tidos como opositores do regime foi adotada uma duríssima repressão generalizada operada enquanto política de Estado até o fim do regime, em 10 de março de 1990, havendo, contudo, graus variantes de intensidade ao longo do período em questão.

Dos relatórios da Comissão da Verdade instaurada no Chile anexados em alegações finais pelo Estado chileno constam que 1823 (mil oitocentos e vinte e três) pessoas foram executadas apenas no primeiro ano de regime militar, ressaltando-se, ainda que 94% das pessoas que foram feitas presas políticas relataram terem sofrido algum tipo de tortura.

Neste contexto de perseguições é que se insere a captura e execução do sr. Almonacid Arellano, o qual foi detido em sua própria casa e vítima de diversos disparos na frente de sua família ao sair da residência, vindo a falecer no dia seguinte ao atentado, 17 de setembro de 1973.

Inobstante houvesse a abertura de investigação, o inquérito foi arquivado no dia 07 de novembro de 1973. Contra o arquivamento insurgiu-se uma decisão da Corte de Apelações de Rancagua, que foi reformada pelo Tribunal Criminal. Em meio a diversas suspensões e revogações, o caso foi definitivamente arquivado em 04 de setembro de 1974.

Com fundamento na tranquilidade geral, paz e ordem de que, em tese, disfrutava o estado chileno foi aprovado o Decreto Lei nº 2.191 em 18 de abril de 1978, o qual concedeu anistia a todas as pessoas envolvidas em delitos durante o Estado de Sítio, entre 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978, bem como aqueles processados ou condenados por tribunais militares.

No ano de 1992, a Sra. Gomez Olivares apresentou uma queixa criminal perante o Primeiro Tribunal Penal de Rancagua no intento de reabrir o caso Almonacid Arellano, na qual se conseguiu a oitiva de Manuel Segundo Castro Osorio e Raúl Hernán Neveu Cortesi, a quem se creditava a morte de seu esposo.

Contra a decisão do juiz da causa que se declarou incompetente e remeteu os autos à Justiça Militar foi interposto recurso de reposição, recurso este que foi apreciado pela Corte de Apelações, a qual revogou as decisões de incompetência determinando novas investigações, haja vista que o contexto fático não permitia aferir a permeabilidade da característica de crime cometido por civil ou militar apenas pelas provas carreadas aos autos.

No ano de 1995, o juiz da causa arquivou definitivamente o inquérito com fundamento no Decreto Lei nº 2.191 (lei de anistia), decisão a qual foi revogada pela Corte de Apelações

que entendeu não haverem sido esgotadas as investigações, determinando-se ao juiz do Primeiro Tribunal Penal retomar os trabalhos no caso. Contudo, houve novo arquivamento e, posteriormente, nova revogação do arquivamento.

Após várias decisões de remessa dos autos entre uma e outra instância, houve o indiciamento dos senhores Castro Osorio e Neveu Cortesi, expedindo-se, inclusive, mandado de prisão contra os mesmos. Porém, em atendimento a um recurso apresentado pelos mesmos em 05 de outubro de 1996, a Corte de Apelações isentou Castro Osorio de qualquer processo.

Havendo a remessa dos autos à Justiça Militar, a mesma decidiu pelo arquivamento dos autos sem quaisquer maiores diligências sob o fundamento de encontrarem-se os acusados sob o manto da lei de anistia. É importante frisar que na ocasião a Corte Marcial declarou expressamente ter havido o homicídio do Sr. Almonacid Arellano e que, contudo, estariam os acusados acobertados pelo Decreto Lei nº 2.191.

Posteriormente aos fatos, foi criada uma comissão da verdade na qual se estabeleceu, por meio de várias investigações, que o Sr. Almonacid Arellano, nominalmente, foi uma das vítimas de graves violações de Direitos Humanos recomendando-se reparações nos âmbitos individuais e simbólicos, legal e administrativamente.

A Sra. Gómez Olivares, juntamente de seus filhos, recebeu indenização no ano de 1992, no valor de US\$ 98.000,00 (noventa e oito mil dólares), assim como também houve a determinação de que o nome de Luis Almonacid foi utilizado para designar uma rua e uma vila de Rancagua.

O ponto central do caso na Corte IDH é a incompatibilidade da lei de anistia promulgada pelo Estado Chileno com a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora se verificasse que ocorreram reparações de outra estirpe em favor dos familiares do Sr. Almonacid Arellano.

Podemos denotar a aplicação sistemática das normas da CADH nesse âmbito a partir das lições da doutrina internacionalista. Ensina Cançado Trindade (2010, p. 197-198) que

Em sucessivas sentenças de mérito e reparações, a Corte Interamericana tem afirmado o dever do Estado de investigar os fatos lesivos aos direitos protegidos pela Convenção Americana, inclusive como forma de reparação (obrigação de fazer). Em suas sentenças (de mérito e reparações) no caso Gutiérrez Soler (12 de setembro de 2005) e no caso do Massacre de Mapiripán (15 de setembro de 2005), ambos relativos à Colômbia, a Corte determinou que o Estado devia investigar os fatos e prontamente identificar, julgar e sancionar os responsáveis, e divulgar os resultados dos processos, ‘de maneira

que a sociedade colombiana possa conhecer a verdade acerca dos fatos' de ditos casos (parágrafos 96 e 298, respectivamente)³⁰. (tradução nossa)

A Corte IDH se debruçou sobre a matéria dividindo em quatro linhas sequenciais: (i) se a morte do Sr. Almonacid Arellano configura um crime de lesa humanidade; (ii) se os crimes de lesa humanidade podem ser anistiados; (iii) se o Decreto Lei nº 2.191 anistia o homicídio do Sr. Almonacid Arellano e, em assim sendo, se o Chile violou a CADH mantendo tal norma em seu ordenamento jurídico; e (iv) se a aplicação de tal norma pelas autoridades judiciais viola o disposto no art. 8.1 e 25 da CADH.

O primeiro questionamento foi respondido com base no Direito Internacional Humanitário, cuja fonte se dá nas Convenções de Haia sobre leis e costumes de guerra terrestre de 1907, assim como as Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, as quais se tem por preconizado o princípio da proteção de civis em confrontos armados internacionais, internacionalizados ou de libertação nacional.

Sobre o assunto, segundo leciona Deyra (2001, p. 23)

No seu Parecer Consultivo sobre a licitude da ameaça ou da utilização de armas nucleares de 8 de Julho de 1996, o Tribunal Internacional de Justiça reafirmou a natureza consuetudinária das Convenções da Haia de 1899 e 1907 e do Regulamento de 1907 relativo às leis e aos costumes da guerra em terra, bem como das Convenções de Genebra (1864, 1906, 1929 e 1949). O Tribunal enumera um certo número de “princípios cardinais” que constituem o essencial do Direito Internacional Humanitário, a saber: o princípio da proporcionalidade, a proibição do veneno, o princípio da distinção entre combatentes e não combatentes, a proibição da utilização de armas com efeitos indiscriminados ou que provoquem danos supérfluos e a cláusula de Martens.

De modo geral, a cláusula de Martens prevê que um armamento não estará permitido, única e exclusivamente pelo fato de não haver proibição expressa nesse sentido (DEYRA, 2001, p. 23-24), limitando-se o poder de escolha dos Estados sobre a utilização de armas tanto contra militares quanto contra civis.

³⁰ Texto original: En sucesivas sentencias de fondo y de reparaciones, la Corte Interamericana ha afirmado el deber del Estado de investigar los hechos lesivos de los derechos protegidos por la Convención Americana, inclusive como forma de reparación (obligación de hacer). En sus sentencias (de fondo y reparaciones) en el caso Gutiérrez Soler (12 de septiembre de 2005) y en el caso de la Masacre de Mapiripán (15 de septiembre de 2005), ambos relativos a Colombia, la Corte determinó que el Estado debía investigar los hechos, y prontamente identificar, juzgar y sancionar a los responsables, y divulgar los resultados de los procesos, “de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos” de dichos casos (párrafos 96 y 298, respectivamente).

Em um outro foco, também se verifica que os crimes de lesa humanidade podem se verificar em um contexto de violações sistemáticas perpetradas contra uma determinada população, ainda que as condutas sejam individuais, algo que se verificou no caso do Sr. Almonacid Arellano.

Desta feita, a Corte IDH entendeu pela existência de um crime de lesa humanidade o homicídio contra o Sr. Almonacid Arellano, com base nos princípios e costumes internacionais, bem como as provas carreadas aos autos que trouxeram a evidência de um contexto de violações sistemáticas contra opositores do regime ditatorial chileno.

Passa-se, então, a verificar a possibilidade de anistiar os crimes de lesa humanidade em consonância com os dispositivos constantes na CADH.

Neste ponto, a Corte IDH replicou o entendimento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no sentido de que, por si só, os crimes de lesa humanidade configuram, além de crimes de guerra, uma gravíssima violação de Direitos Humanos. Assim, seguindo-se o entendimento fixado pela Assembleia Geral das Nações, de 1946, conclui-se pela necessidade de investigações e punições contra os responsáveis por tais violações.

Em um pequeno adendo, verificamos a tendência da Corte IDH em seguir os princípios de Chicago esposados por Bassiouni — em especial o primeiro — que confere dever do Estado de investigar e punir os responsáveis por tais violações de Direitos Humanos, também em consonância com a terceira geração de justiça de transição.

Não muito longe, foi utilizado como fundamento para sua decisão o caso *Barrios Altos vs. Peru* no qual se fixou o entendimento de que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo se dar mesma aplicação ao caso *Almonacid Arellano*. Em outras palavras, o Estado parte na CADH não pode alegar disposições de direito interno, em especial uma lei de anistia, para se eximir do dever de identificar, investigar e punir os responsáveis por violações dos direitos constantes naquele tratado internacional.

Há que se observar, neste sentido, que foi avençado pelo estado chileno a hipótese de impossibilidade de punição dos responsáveis em razão da anterioridade do crime à ratificação da CADH, fazendo-se em sede de exceções preliminares suscitando-se a incompetência temporal da Corte IDH. Contudo, tal argumento foi rechaçado pela própria Corte IDH, haja vista serem os deveres de investigação e punição obrigações de meio e que, em não ocorrendo, protraem-se no tempo, subsistindo tal dever à ratificação da CADH, como verificado tanto no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, como no presente.

No concernente ao terceiro aspecto analisado sobre a vigência da lei de anistia, é de se notar uma clara posição da Corte IDH que vai ao encontro do que dispõe a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, a qual prevê a impossibilidade de se alegar disposições de direito interno para justificar descumprimento de tratado internacional.

E se analisarmos sob o foco a escala de Norberto Bobbio e sua teoria da norma jurídica (2001), percebe-se à evidência da exegese da sentença proferida pela Corte IDH uma constatação empírica da inserção da vigência em contraponto com a eficácia da norma.

Diz expressamente o parágrafo 120 da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* proferida pela Corte IDH:

Por outro lado, embora a Corte note que o Decreto Lei nº 2.191 concede basicamente uma autoanistia, posto que foi emitido pelo próprio regime militar para subtrair da ação da justiça, principalmente, seus próprios crimes, ressalta que um Estado viola a Convenção Americana quando edita disposições que não estão em conformidade com as obrigações dentro da mesma; o fato de que essas normas tenham sido adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, “é indiferente para estes efeitos”. Em suma, mais que o processo de adoção e a autoridade que emitiu o Decreto Lei nº 2.191, esta Corte destaca sua *ratio legis*: anistiar as graves violações contra o Direito Internacional cometidas pelo regime militar.

Neste aspecto, verificou-se a aplicação máxima dos princípios de Chicago, em consonância com a terceira fase da justiça de transição, no que tange a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos em se tratando da contraposição do regime democrático ao regime ditatorial anterior.

Em seu último ponto, a Corte IDH se debruçou sobre a aplicação da lei de anistia pelos tribunais internos do Estado do Chile, de modo que — embora não o tenha feito de forma expressa neste momento da sentença — a decisão exigiu que se exercitasse um controle de convencionalidade sobre as normas internas em relação aos princípios de direito internacional dos Direitos Humanos, assim como os princípios do direito humanitário, as normas constantes em seus tratados, além, por óbvio, da própria jurisprudência da Corte IDH que havia se firmado no sentido contrário.

Disse a Corte IDH no parágrafo 129 da referida sentença:

O Tribunal, como conclusão de tudo o que foi indicado nesta seção A), considera que o assassinato do senhor Almonacid Arellano formou parte de uma política de Estado de repressão a setores da sociedade civil e representa apenas um exemplo do grande conjunto de condutas ilícitas similares que se produziram durante essa época. O ilícito cometido contra o senhor Almonacid

Arellano não pode ser anistiado em conformidade com as regras básicas do Direito Internacional, posto que constitui um crime de lesa humanidade. O Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu Direito Interno para garantir os direitos estabelecidos na Convenção Americana, porque manteve e mantém em vigência o Decreto Lei nº 2.191, o qual não exclui os crimes de lesa humanidade da anistia geral que outorga. Finalmente, o Estado violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial e descumpriu seu dever de garantia, em detrimento dos familiares do senhor Almonacid Arellano, porque aplicou o Decreto Lei nº 2.191 ao presente caso.

Por fim, a Corte IDH decidiu de forma unânime que o Estado do Chile, independente das reparações já ocorridas antes da prolação da sentença, incorreu em violação dos artigos 1.1 e 2 da CADH, em consonância com os artigos 8.1 e 25 do mesmo tratado internacional, em razão de não oportunizar o acesso à justiça devido à manutenção da vigência da lei de anistia e assim sendo, o estado chileno foi condenado a revogar o Decreto Lei nº 2.191 afim de que deixe de ser óbice à investigação, identificação e punição dos responsáveis pelas graves e flagrantes violações cometidas em desfavor do sr. Almonacid Arellano e seus familiares.

2.3.4 La Cantuta vs. Peru

O contexto do caso La Cantuta vs. Peru é de violações sistemáticas e generalizadas dos Direitos Humanos dos cidadãos peruanos por meio de desaparecimentos forçados, torturas e execuções extrajudiciais perpetrados pelos agentes estatais pertencentes ao exército peruano entre os anos de 1983 a 1984 e 1989 a 1992.

O *modus operandis* utilizado era de identificação e detenção, o que poderia ocorrer em lugar público, no próprio domicílio, quando a vítima se dirigia a um órgão público ou em batidas policiais e afins. O agente estatal geralmente atuava armado, encapuzado e com violência e com número sempre maior ao dos detidos.

De acordo com o que consta do relatório da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru, doravante CRV,

O desaparecimento forçado de pessoas se insere dentro de um conjunto de mecanismos de luta contra subversivas destinadas à eliminação de membros, simpatizantes ou colaboradores das organizações subversivas, entre os quais figura também a execução extrajudicial direta destas pessoas. (...) estes mecanismos de eliminação eram utilizados com diversa intensidade segundo as características dos lugares donde se desenrolava o conflito armado interno. (...) a proporção de vítimas eliminadas mediante o desaparecimento forçado era relativamente maior em zonas urbanas que em zonas rurais, posto que nas

primeiras existe uma série de condições (presença de instituições de defesa de direitos humanos ou meios de comunicação que reportam as violações) que obrigam aos agentes do Estado a serem mais cuidadosos em assegurar a impunidade de suas ações contra subversivas quando estas implicam a quebra do Estado de Direito e a violação de direitos humanos³¹. (tradução livre)

Dentro da Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzman y Valle”, conhecida como Universidade La Cantuta, o exército peruano instalou um contingente militar ocasião em que de lá se fez base de operações, na qual se executava toque de recolher controlando a entrada e saída de estudantes e professores.

Narra o relatório da CVR peruana — também utilizado na sentença de mérito, reparações e custas do Caso La Cantuta — que

No início de 1991, foi divulgado pela televisão local um vídeo que mostrava um ato político-cultural na Universidade de “La Cantuta”, que especulava sobre o grau de controle que o Sendero Luminoso exercia na universidade. Em 21 de maio de 1991, o ex-presidente Alberto Fujimori visitou a universidade provocando uma reação violenta dos estudantes, que o obrigou a retirar-se humilhado do *campus*. No dia seguinte, tropas militares tomaram o controle da Universidade Maior de San Marcos e da Universidade de “La Cantuta”, onde foram detidos 56 estudantes. Dentre os detidos estavam três dos nove estudantes que posteriormente seriam executados extrajudicialmente. (tradução nossa)³²

Assim como no caso Barrios Altos, houve a participação direta do Grupo Colina, responsável pelas execuções extrajudiciais, torturas e desaparecimentos forçados das vítimas elencadas no caso.

³¹ Texto original: La desaparición forzada de personas se inscribe dentro de un conjunto de mecanismos de lucha contrasubversiva destinados a la eliminación de los miembros, simpatizantes o colaboradores de las organizaciones subversivas, entre los cuales figura también la ejecución extrajudicial directa de estas personas. Secciones más arriba, hemos indicado que estos mecanismos de eliminación eran utilizados con diversa intensidad según las características de los lugares donde se desarrollaba el conflicto armado interno. Como se vio en el gráfico 12, la proporción de víctimas eliminadas mediante la desaparición forzada era relativamente mayor en zonas urbanas que en zonas rurales, puesto que en las primeras existen una serie de condiciones (presencia de instituciones de defensa de derechos humanos o medios de comunicación que reportan las violaciones) que obligan a los agentes del Estado a ser más cuidadosos en asegurar la impunidade de sus acciones contrasubversivas cuando éstas implican el quebrantamiento del Estado de Derecho y la violación de derechos humanos.

³² Texto original: A principios de 1991 se difundió por la televisión local un video que mostraba un acto político-cultural en la universidad La Cantuta que invitó a especular acerca del grado de control que tenía el PCP-SL en la Universidad. El 21 de mayo de 1991 el ex presidente Alberto Fujimori visitó la Universidad, provocando una reacción violenta de los estudiantes que lo obligó a retirarse humillado del campus. Al día siguiente, tropas militares tomaron el control de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad La Cantuta, donde fueron detenidos 56 estudiantes. Entre los intervenidos estaban tres de los nueve estudiantes que posteriormente fueron ejecutados extrajudicialmente.

Os familiares das vítimas e o reitor da Universidade La Cantuta impetraram pedidos de habeas corpus em favor das vítimas no ano de 1992 e, no mesmo contexto do caso Barrios Altos vs. Peru, também houve uma comissão de congressistas formada para investigar o ocorrido à qual foi impedida de continuar seus trabalhos devido à dissolução do congresso advinda da crise constitucional pela qual passava o estado peruano.

Em meio a vários incidentes de competência suscitados em relação à justiça penal comum ou justiça penal militar, em 03 de maio de 1994, houve sentença proferida pelo Conselho Supremo de Justiça Militar determinando o pagamento de indenizações a título de reparação civil, bem como condenação do General Brigada Juan Rivero Lazo, Coronel de Cavalaria Federico Augusto Navarro Pérez, Capitão de Infantaria José Adolfo Velarde Astete, Majores do Exército peruano Santiago Enrique Martín Rivas e Carlos Eliseo Pichilingue Guevara a prisão pelas violações de Direitos Humanos a eles imputadas, dentre elas, abuso de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado e assassinato.

Contudo, em 14 de junho de 1995, houve a aprovação da Lei nº 26.479 (Lei de Anistia) já mencionada anteriormente e que beneficiou os condenados em instância suprema militar precitados, prejudicando-se assim a execução das penas.

Em sentença proferida em 29 de novembro de 2006, a Corte IDH ressaltou que já havia se pronunciado sobre a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange à obrigação de investigar, identificar e punir os responsáveis por violações de Direitos Humanos, especificamente no caso Barrios Altos vs. Peru, o que já vincula o estado peruano a promover a revogação da lei de anistia, e também o caso Almonacid Arellano vs. Chile, ambos já mencionados anteriormente.

Reiterando o posicionamento apresentado pela CIDH, a Corte IDH afirmou no parágrafo 174 da sentença atinente ao caso La Cantuta que:

(...) a controvérsia subsistente deve ser localizada na primeira vertente de medidas que devem ser adotadas para adequar as normas internas à Convenção. Para efeitos da discussão exposta, cumpre especificar que a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são *ab initio* incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma “constitui, per se, uma violação da Convenção” por ser “uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte” nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte no Caso Barrios Altos. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção.

Deste modo, impera ressaltar que o parâmetro adotado pela Corte IDH é no sentido de que a mera existência formal das leis de anistia, por si só, já viola a CADH haja vista o que dispõe o seu artigo 2, o qual determina a obrigação de adotar medidas de direito interno para compatibilização do ordenamento nacional para com o ordenamento internacional, em outras palavras, o controle de convencionalidade.

Em suas disposições finais, constou que o Estado peruano deve garantir a punição dos responsáveis por violações de Direitos Humanos, o que incluiu o ex-presidente Alberto Fujimori, o qual encontrava-se foragido à época da sentença, bem como o prosseguimento da execução das penas em relação àqueles que foram condenados e, posteriormente, anistiados.

Também foi determinado que fossem realizadas buscas pelos restos mortais das vítimas desaparecidas de modo a identificá-las e dar o devido registro em seus documentos públicos como forma de reparação pelo dano à personalidade.

Em uma análise progressiva, portanto, verifica-se que a jurisprudência da Corte IDH vem se consolidando no sentido de incompatibilizar a existência, ainda que formal, de leis de anistia com os parâmetros da CADH, tornando-as sem efeitos práticos e, inclusive, reconhecendo-se publicamente a sua invalidade, como constou na sentença do caso La Cantuta. Assim, verifica-se um forte indicativo de que a Lei de Anistia brasileira, assim como os demais casos, encontra-se em total desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3 LEI DE ANISTIA: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O ano era 1979 quando, em 28 de agosto, foi promulgada a Lei nº 6.683/79³³, a qual concedeu anistia geral e irrestrita a todos os crimes políticos ou de motivação política cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, sejam os sujeitos ativos militares ou não.

Inobstante a supressão da expressão “e outros diplomas legais” pelo então Presidente João Figueiredo, conforme dispunha o art. 59, § 1º da Constituição de 1969, a versão oficial do texto da referida lei em muito se assemelha aos diplomas legais que, igualmente, conferiam anistia aos agentes estatais que cometeram violações aos Direitos Humanos constantes na CADH, o que a Corte IDH denomina de auto-anistia.

Com a propositura da ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela receptividade da Lei de Anistia brasileira à Constituição Federal de 1988, o que nos traz diretamente ao conflito jurídico ocasionado pela justiça multinível, nos evidenciando a pergunta motriz que move a presente pesquisa: qual a solução para o conflito entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional para a lei de anistia?

Segundo Deisy Ventura (2010, p. 197):

Começo por esclarecer que a OAB não requereu ao STF nem uma “revisão”, nem a declaração de “nulidade” da chamada Lei de Anistia (Lei n. 6.683, de 28/08/1979). Aliás, o Direito Internacional, em princípio, nada tem a opor-se às leis nacionais que anistiam crimes políticos. Por meio da ADPF 153, proposta em outubro de 2008, o que pede a OAB é “uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar”. O alvo da demanda é, portanto, o §1º do artigo 1º da referida Lei (...).

³³ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.

No mais, há que se ressaltar que um dos pontos principais trazidos pelo Brasil em sua contestação, e também na peça de apresentação de exceções preliminares, foi a promulgação da Lei nº 9.140 no ano de 1995 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, a qual reconhece a morte de parte dos membros pertencentes à Guerrilha do Araguaia.

Necessário, portanto, que se faça a análise das questões que nos remetem ao diálogo entre o direito interno e o direito internacional de modo a verificar a compatibilidade ou não da lei de anistia brasileira com os precitados ordenamentos.

Contudo, importante que se realize uma breve análise do contexto fático no qual se insere o caso Gomes Lund vs. Brasil afim de obter uma conclusão sólida, tendo como escopo os fragmentos analisados.

3.1 Guerrilha do Araguaia

Julia Gomes Lund, vítima de violações de Direitos Humanos perpetradas pelo Estado brasileiro, dá nome ao caso Guerrilha do Araguaia (caso nº 11.552), o qual chegou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio de uma petição enviada a CIDH pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Human Rights Watch/Americas, Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e, em petição individual, Ângela Harkavy.

Assim como em outros casos já julgados pela Corte IDH que versavam sobre desaparecimento forçado, torturas e leis de anistia, é necessário que se analise o contexto em que se inserem as vítimas originárias do caso Guerrilha do Araguaia, qual seja, o período de ditadura militar que acometeu o Brasil entre 1969 e 1985.

Atribui-se a origem do movimento da Guerrilha do Araguaia à parcela do grupo de membros pertencentes ao Partido Comunista Brasileiro (PCB) que defendiam a impossibilidade de transição do regime capitalista ao regime socialista sem que se o faça por meio de luta armada. Desse grupo de dissidentes surgiu o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o qual era contra a participação em altos escalões do governo e a institucionalização da reforma agrária na política de João Goulart (CNV, 2014, p. 681).

A dissidência não estava presente apenas nos partidos de esquerda, assim como nos próprios militares, exacerbado pela prisão do Marechal Henrique Teixeira Lott, o qual promoveu um levante para garantir a posse de Jango após a queda de Jânio Quadros, por ordem do então Ministro da Guerra, Odílio Denys (NAPOLITANO, 2014, p. 33).

Certos de que haveria uma luta armada popular prolongada, a estratégia dos militantes era a reunião em campos agrícolas de treinamento em guerrilhas para promover resistência ao governo instaurado em 1964 com o golpe militar, razão pela qual houve maior concentração de contingente na região do Araguaia, o qual, segundo a Comissão da Verdade instaurada no Brasil (CNV, 2014, p. 682), não era destinado inicialmente ao combate efetivo, mas ao treinamento de adeptos ao levante.

Ensina Marcos Napolitano (2014, p. 115) que

Enquanto a ALN e a VPR (que se transformaria em VAR-Pal mares) patrocinavam ações espetaculares, o PCdoB se organizava discretamente na região do Araguaia, desde 1967. O objetivo era plantar uma sólida base de guerrilha rural em uma região marcada pela miséria e pelo conflito de terras, visando à “guerra popular prolongada”. O modelo, desta vez, não era cubano, mas chinês. Depois de alguns anos, o núcleo guerrilheiro foi descoberto, obrigando os militantes a entrarem em escaramuças contra as forças de segurança a partir de abril de 1972.

Fato é que além da dissidência da esquerda do PCB expandida pelo PCdoB, havia também o Ação Popular (AP) — um movimento católico que transitou da direita conservadora à esquerda radical que buscava a luta armada — a qual foi atribuída a responsabilidade pelos ataques contra Costa e Silva, candidato à sucessão de Castello Branco na Presidência da República (GASPARI, 2002, p. 243-244).

O ano de 1966 foi decisivo também para o início da Guerrilha do Araguaia, haja vista que o PCdoB envia um de seus primeiros militantes ao Araguaia: Oswaldo Orlando da Silva, o Oswaldão (GASPARI, 2002, p. 424; CNV, 2014, p. 683), seguido de outros militantes preparados para dar início ao movimento rebelde.

Após a queda dos principais líderes do PCdoB, iniciaram-se os recrutamentos e a elaboração das táticas de guerrilha, incluindo aulas de tiro e alianças para divisão do perímetro no qual estavam alocados os militantes de esquerda (GASPARI, 2002, p. 410).

Não é nova a dedução de que a localização e o mapeamento dos guerrilheiros do Araguaia se deram por meio de tortura de integrantes dos partidos de esquerda envolvidos com o movimento alocado no sudoeste paraense. Aliás, várias missões foram sustadas pelo Ministério da Guerra em razão das informações obtidas à base de tortura, as quais desencadearam diversas operações, tais como Operação Carajás, em 1970, e a Operação Mesopotâmia, em 1971. E, inclusive, documentos oficiais apontavam para a tortura de um

militante cearense como a deflagração das operações que levaram à descoberta dos membros do PCdoB no Araguaia (CNV, 2014, p. 687).

A chegada do exército brasileiro na região se deu em 12 de abril de 1972, com a primeira ofensiva na região que possuía, à época, 69 (sessenta e nove) militantes do PCdoB e aguardava a movimentação de outros 07 (sete). O exército optou pela ofensiva inicial contra os destacamentos A e C, expandindo, alguns dias depois, sua operação contra o derradeiro destacamento B.

Além de responder com um poderio militar de aproximadamente 3200 soldados na primeira investida, a operação militar montava vigília em estradas espalhando folhetins atribuindo aos guerrilheiros o título de “terroristas”, “assaltantes de banco” e “maconheiros” (CNV, 2014, p. 688). Também a imprensa foi impedida de veicular ou reproduzir qualquer reportagem ou matéria jornalística sobre as operações na área.

Do resultado das primeiras operações consta a prisão de 08 (oito) guerrilheiros. A partir de então, as novas operações resultaram na prisão e morte dos demais. E, durante essas prisões, consta a tortura e morte de alguns dos presos, no que ficou conhecida como Operação Papagaio (CNV, 2014, p. 689).

As operações no final de 1972 e início de 1973 se denominaram, respectivamente, Operação Sucuri, na qual vários membros do exército disfarçados de servidores públicos foram enviados à região do Araguaia por meio de transporte aéreo do Incra, e Operação Marajoara, a mais rígida missão do exército que visava a dizimação total da guerrilha do Araguaia, contando com saldo de 56 guerrilheiros mortos (os quais não tiveram seus corpos encontrados até a emissão do relatório da Comissão Nacional da Verdade) e mais de 200 (duzentos) camponeses presos sob acusação de se associarem aos guerrilheiros e a eles prestarem apoio. (CNV, 2014, p. 690-691).

Conforme relatos e documentos colhidos durante a instauração da Comissão da Verdade, especificou-se que havia um contexto muito bem delineado nas sessões de tortura, no qual se podia observar a existência de técnicas específicas e, em certas situações, cometidas por pessoas especializadas (CNV, 2014, p. 696).

Consta dos autos da Comissão Nacional da Verdade (2014, p. 698):

A própria existência de agentes especializados em “interrogatório” – comprovada nos relatórios militares – vai de encontro à tese de que os inúmeros episódios de tortura não passavam de excessos cometidos por agentes individuais. Os relatos dos torturados apontam para o caráter

sistemático das violações, quando não apenas constataam a presença de “especialistas”, como a existência de uma espécie de metodologia de tortura.

Há também a exposição de Paulo Evaristo Arns (2001, p. 34) sobre os métodos de tortura:

A pesquisa revelou quase uma centena de modos diferentes de tortura, mediante agressão física, pressão psicológica e utilização dos mais variados instrumentos, aplicados aos presos políticos brasileiros. A documentação processual recolhida revela com riqueza de detalhes essa ação criminosa exercida sob auspício do Estado.

Deste modo, é possível denotar a crueldade no tratamento dispensado aos prisioneiros tidos como inimigos do regime vigente, algo até imaginável no cerne do pensamento utilitarista de Bentham, e que, porém, está totalmente superado pela estrutura do Estado Democrático de Direito que respeita os Direitos Humanos.

De encontro ao que se seria capaz de ventilar, deve-se deixar de lado qualquer noção de convivência com os ideais violentos que poderia ser atribuído ao pensamento ideológico dos partidários da esquerda radical da época. Isto deve ser de logo rechaçado, afinal os aspectos ideológicos escapam às premissas metodológicas basilares do presente trabalho científico. A bem da verdade, trata-se de algo absolutamente irrelevante. Contudo, os fatos são particularmente essenciais à análise para a construção do raciocínio jurídico.

3.2 Lei de Anistia

A ideia da anistia geral e irrestrita não surgiu dos militares. Veio de parte da oposição ao regime ditatorial instalado. Porém, só se veio a cabo com a irreversível derrota da ARENA nas eleições. Afinal, os combalidos militares precisariam reabrir o canal de diálogo se não quisessem promover a sangria da década anterior.

O plano inicial do candidato que não via sequer esperança quando decidiu concorrer em 1974 era de aproveitar os holofotes para denunciar o processo e as irreverências do regime, realizando uma renúncia pré-planejada. Ulysses Guimarães era conhecido como o anticandidato (GASPARI, 2002, p. 227-228).

O anúncio de sua candidatura e a publicação de seu discurso na íntegra contribuiu com que Geisel pudesse, assim como o julgou necessário, iniciar sua movimentação estratégica, o

que culminou em sua eleição por 406 (quatrocentos e seis) votos a 76 (setenta e seis), afora as 23 (vinte e três) abstenções (GASPARI, 2002, p. 236-237).

Após a derrota simbólica, a vitória dos parlamentares emedebistas foi avassaladora, tendo representação em vários estados da federação e alcançado boa parte das cadeiras disputadas nas eleições senatoriais. Feito que acabou por desestabilizar a frente da aliança governista.

Embora a votação fosse apenas para parte das cadeiras no Senado, a possibilidade de preencher a Câmara era completa. Inobstante a manutenção da maioria no Senado, a previsão de uma vitória para os deputados de oposição despertou o interesse particular de Geisel nas eleições (GASPARI, 2002, p. 451).

Embora o MDB não possuísse a maioria na Câmara, alcançou-se a marca para barrar emendas à Constituição propostas pelo governo. Surgiram então várias ideias que sugeriam ao Presidente o retorno ao *status quo ante* estabelecido em 1965, inclusive o recesso parlamentar. Contudo, a decisão foi de que se mantivesse o processo intacto. (GASPARI, 2002, p. 462).

A queda de representatividade deu maior voz a um projeto de lei que já havia sido aventado desde a primeira investida contra os direitos políticos cassados pelo Ato Institucional nº 1. Principalmente, com o crescimento constante de denúncias de prisões e torturas contra opositores políticos feitos pelos jornais regionais e patrocinadas por figuras importantes como Cardeal Arns (2001).

Tudo isso se soma à veiculação internacional dos ocorridos nos bastidores da ditadura, fato que não podia ser mais ignorado pelas instituições nacionais e que, em dado momento, se tornou alvo de grande discussão entre os próprios membros do regime militar, ocasionando a divergência que se tentava evitar desde 1964 (MEZAROBBA, 2003, p. 15).

O lançamento de entidades da sociedade civil contra as atrocidades perpetradas contra os opositores do regime por meio da criação de organizações como Movimento Feminino pela Anistia, em 1974, pela então representante da OAB, Terezinha Zerbini (MEZAROBBA, 2003, p. 16; FREIRE, 1999³⁴).

Após o início de diversas manifestações em 1977, sendo várias delas organizadas por movimentos estudantis que, inicialmente, protestavam contra prisões e torturas de presos políticos, mas rapidamente passou a lutar pela anistia ampla, geral e irrestrita, e que ganhou

³⁴ Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/248025>>, acesso em 17-jan-2018.

adeptos de associações como da Igreja Católica e o Colégio Episcopal da Igreja Metodista, formou-se, então, o Comitê Brasileiro pela Anistia, em 1978 (MEZAROBBA, 2003, p. 19).

Neste contexto, a lei de anistia, em suma, viria como um primeiro passo para a abertura do regime e conversão em uma democracia, tendo como princípio o perdão dos presos políticos e dos opositores do regime, consolidando a disposição do governo militar ao diálogo e reestruturação do Estado Democrático de Direito.

Leciona a doutrina que:

Naquele mesmo ano, a exemplo do que já havia acontecido em outros momentos do regime militar, uma greve de fome de presos políticos voltaria a alertar a sociedade para a necessidade da anistia. O movimento, que duraria 23 dias, começou com presos de Itamaracá, em Pernambuco, pedindo o fim do isolamento carcerário de Rholino Sonde Cavalcanti e Carlos Alberto Soares, ambos condenados à prisão perpétua, e logo passou a contar com a adesão de presos políticos de outras regiões do país. Entre as várias entidades que se solidarizavam com o movimento mais uma vez estava a CNBB, que não demorou a apelar ao governo pela concessão de anistia. Ao abrir oficialmente a campanha da fraternidade de 1978 o cardeal arcebispo de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns, já havia pedido urgência para a questão. (MEZAROBBA, 2003, p. 20)

Em outro de seus escritos, Glenda Mezarobba (2010, p. 10) atribui a estes movimentos, declarações públicas e demais denúncias a relação direta com o embrião do projeto de lei que concedeu a anistia, embora o projeto final trouxesse consigo um Cavalão de Tróia, o qual é hoje o objeto de discussão entre todos os internacionalistas dos Direitos Humanos e, inclusive, desta pesquisa. A autora afirma que:

Assim, foi em um contexto de abertura política, quando já pesava sobre o Estado brasileiro a responsabilização pela morte, sob tortura, do jornalista Vladimir Herzog, e o pluripartidarismo interessava ao regime militar, que o governo começou efetivamente a pensar em anistia. Em junho de 1979 um projeto de lei, nesse sentido, foi enviado ao Congresso pelo então presidente da República, general João Baptista Figueiredo. Durante sua tramitação no Parlamento praticamente não houve troca de idéias [sic] com a sociedade, tampouco com os potenciais beneficiários da legislação, embora os Comitês Brasileiros de Anistia estivessem mobilizados pelo fim das torturas e a elucidação dos casos de desaparecimento e não admitissem a hipótese de que a lei pudesse beneficiar os “algozes” das vítimas do regime. Aprovada em agosto de 1979, a Lei n. 6.683, ou Lei da Anistia, ficou longe de associar-se aos objetivos que envolviam seu movimento reivindicatório e sequer atendeu as principais reclamações dos perseguidos políticos. Foram excluídas do escopo da legislação determinadas manifestações de oposição ao regime, classificadas como terrorismo e práticas enquadradas em atos de exceção, como os crimes de sangue, e contemplados apenas aqueles indivíduos que não

havia sido condenados previamente pela ditadura, que ainda duraria mais quase seis anos.

Há também as contradições apontadas no projeto que iam desde a competência para instaurar a anistia — que para uns seria do Congresso, enquanto que para outros seria exclusivamente do Presidente da República por força da Constituição de 1969 — até os efeitos causados a funcionários da administração pública que perderam seus cargos não por demissão com ou sem justa causa, mas por fundamentação eminentemente política, aos quais seria exigido o protocolo de um pedido de reinserção no cargo e que ficaria ao alvedrio da discricionariedade da administração (MEZAROBBA, 2003, p. 36-38).

Desta feita, a Lei nº 6.683/79 trouxe consigo não somente a anistia dos perseguidos políticos do regime, como também a anistia dos agentes estatais que estavam envolvidos nos atos que se consubstanciam em graves violações de Direitos Humanos, também chamada auto-anistia.

Embora pudesse representar um ar de novo recomeço aos pilares democráticos do estado brasileiro, muitos dos presos políticos demoraram a alcançar a liberdade e, em outros casos, também foi difícil restabelecer por completo o *status quo ante* em razão da pouca instrumentalização contida na Lei de Anistia (MEZAROBBA, 2003, p. 59-60).

Se a situação demorou a ser normalizada em relação aos opositores presos e que se encontravam presos, muito maior foi o problema dos opositores que não se encontravam; os desaparecidos em ofensivas anti-guerrilha. Se a Lei de Anistia impedia a punição dos presos políticos, por outro lado também impedia a punição dos agentes militares autores das graves violações de Direitos Humanos, o que justificaria a baixa disposição das autoridades em promover a busca pelos desaparecidos.

Segundo Glenda Mezarobba (2003, p. 65):

Foi somente com o fim da censura e a redemocratização que fatos ocultos e episódios obscuros começaram a ser revelados. Em abril de 1985, por exemplo, depois que a imprensa divulgou que o coronel Walter Jacarandá, um oficial da Polícia Militar, iria ocupar um cargo de destaque no Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro, descobriu-se que ele era um torturador do regime militar. (...) Ao acontecimento, seguiu-se uma discussão sobre os limites do perdão concedido pela Lei de Anistia aos torturadores do regime militar.

E tal discussão perdurou até os dias atuais, nos quais se questiona a punição ou não dos crimes cometidos por agentes estatais durante o período ditatorial militar que acometeu o Brasil durante os anos de chumbo, a começar pela revogação ou não da Lei de Anistia.

3.3 A ADPF nº 153: OAB e a Lei de Anistia

Na pessoa de seus representantes, Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro, o Conselho Federal da OAB protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal, no dia 21 de outubro de 2008 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que questiona a receptividade da norma disposta no art. 1º, §1º da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

O pedido contido na peça inicial foi o de declarar a anistia concedida pelo então Presidente João Batista Figueiredo não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em razão de cindir a conexão entre os crimes comuns e crimes políticos praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos durante o regime militar de 1964 a 1985.

Os principais argumentos apresentados pela OAB circundaram: a) a admissibilidade em razão do caráter incidental da ADPF; b) a admissibilidade pela relevância constitucional em razão do amplo debate público que se havia instaurado momentos antes; c) a procedência pela inépcia jurídica da interpretação dada ao art. 1º, §1º da Lei de Anistia em razão de seu texto possuir conteúdo obscuro; d) a procedência em razão da quebra da isonomia em matéria de segurança, haja vista que a anistia tem um campo material objetivo e abstrato que descriminaliza determinada conduta e, em razão disso, não poderia haver uma anistia a todo crime comum que se conecte ao crime político; e) procedência pela quebra do dever de não ocultar a verdade mantendo inalcançados os responsáveis pelas barbáries perpetradas contra a sociedade; f) procedência pelo desrespeito ao princípio democrático e republicano por parte do Presidente que a sancionou ser general do exército; g) procedência pela indisponibilidade da dignidade da pessoa humana.

A relatoria da ação constitucional recaiu sobre o então ministro Eros Grau, o qual, a pedido da própria OAB, determinou a intimação da Procuradoria Geral da República para que apresentasse seu parecer no processo *sub judice*. Além de figurarem como arguidos o Presidente da República, representado pela Advocacia Geral da União, e o Congresso Nacional, também apresentaram suas manifestações escritas e orais como *amicus curiae* a Associação Juizes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares.

Dentre todas as preliminares apresentadas, a mais interessante à presente pesquisa é a que foi apresentada pelo Ministério da Defesa pautada na inutilidade de eventual decisão procedente, haja vista estarem, segundo o órgão, prescritos os crimes praticados naquele período³⁵.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau iniciou sua fundamentação rechaçando as preliminares que afastavam o conhecimento do mérito, passando a se debruçar sob a matéria analisando primeiro a questão da obscuridade a partir de dois pontos específicos.

A princípio, o Relator evidenciou adotar a tese de que todo texto legal, em si, é obscuro, deixando de o ser apenas no momento em que o intérprete extrai de sua literalidade a interpretação.

Trata-se de uma análise que em muito se coaduna com a dialógica de Atienza já exposta anteriormente, na qual se diferencia a interpretação pela dicotomia produto-atividade. Apenas regressando como um exercício didático, Atienza (2010, p. 18) explica que

1.1 [atividade noética] é o fenômeno mental de atribuição de um significado a um documento; 1.2 [atividade linguística] é a atribuição de um significado a uma disposição; 1.3 [atividade dianoética] é o tipo de atividade que se dirige a elucidar o significado de um enunciado (...) 2.1 [produto noético] é um significado – o que se entende ou que se fez entender –; 2.2 [produto linguístico] é também um significado, mas só se existem critérios ou condições de validade do ato, pois de outro modo, creio, e só uma atribuição de significado; 2.3 [produto dianoético] não é um significado, e não é uma atribuição de significado, mas é um enunciado ou uma proposição do tipo. (tradução nossa).

O Ministro Eros Grau avança no sentido de que o texto jurídico está na dimensão textual, enquanto que a norma jurídica está na dimensão normativa do fenômeno jurídico, conferindo o preceito de produto dianoético à transposição da norma no caso em análise. Trata-se, segundo o ministro, de atribuir caráter constitutivo à interpretação jurídica. Disse o Ministro (2010, p. 877-878):

A interpretação do direito tem caráter constitutivo --- não meramente declaratório, pois --- e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação

³⁵ Por obediência à metodologia sistematizada da presente pesquisa, a imprescritibilidade a que se refere a Lei de Anistia será tratada em momento oportuno.

particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto.

Já no segundo aspecto desta análise inicial, o Ministro afirma ser competência da casa legisladora a revisão da extensão dos crimes comuns conexos aos de natureza política, não ao Judiciário.

No que tange à quebra da segurança pela ausência de isonomia conferida pela anistia, argumenta o Ministro Relator que é da natureza do próprio instituto da anistia conferir tratamento diferenciado a espécies tipificadas como crimes, o que, por si só, não tem capacidade de infringir a diferenciação entre presos já condenados e presos acusados, ainda que pelo mesmo ilícito penal.

Quanto ao direito de acesso à informação arguido na inicial, o Ministro, concordando com o parecer apresentado pelo então Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, fundamentou que a existência ou não da lei de anistia em nada influencia o processo de obtenção de informação por parte das vítimas ou familiares.

Ao tratar da ofensa ao princípio republicano e democrático elencado na sua peça inicial pela OAB — na qual argumenta-se que o Presidente não foi eleito pelo povo, mas escolhido por seus compadros de farda, assim como os membros do Congresso não ousavam medir forças com o alvedrio militar — o Relator fundamentou seu entendimento pela improcedência da demanda por meio do alargamento da questão, de modo que entender, segundo ele, pela não recepção da Lei de Anistia com base neste fundamento abriria precedente para o questionamento de receptividade de toda norma produzida sob a ordem constitucional anterior.

E, além, faz-se uma análise histórica — um tanto quanto estreita, diga-se — a partir da qual se verifica que houve uma incessante luta pela redemocratização, na qual o passo importante foi a negociação da anistia, em que se obteve um consenso geral no sentido de que a anistia trouxe pacificação ao conflito e abriu o primeiro passo para o início de uma transição para a atual ordem constitucional.

Enquanto os demais fundamentos serão estudados mais adiante, desde já ousamos discordar do Ministro Eros Grau neste ponto, fazendo-o a partir dos Relatórios da Comissão da Verdade, assim como o esclarecimento da situação de profunda discórdia com os projetos de lei sobre anistia que antecederam o produto final e que já foram trazidos anteriormente (GASPARI,

2002). Ora, o principal questionamento à época era justamente sobre a possibilidade de se anistiar os agentes de repressão estatal e continuar punindo aqueles que foram vítimas de tortura e outras violações de Direitos Humanos igualmente graves.

Tratando sobre a conexão dos crimes comuns aos de natureza política, o Relator da ADPF fundamenta que a lei deve ser interpretada segundo o seu tempo, não de acordo com o que se entende por conexão na exegese atual de crime comum ou político, de modo que há uma interpretação de bilateralidade da norma, daí o sentido de norma ampla, geral e irrestrita. Apenas à exceção dos já condenados, a lei de anistia se tornaria irrestrita.

E neste aspecto, o julgamento também encontra críticas na doutrina:

Em verdade, no momento atual, o do julgamento, o país apresenta outro quadro político, com acordos sociais mais bem costurados, com liberdade de imprensa, com eleições de modo que pelo que se lê da decisão não só se quer esquecer os crimes – anistia – mas todo o período, cumprindo lembrar que até hoje os arquivos estatais com dados daquela época – anos de chumbo – não foram completamente franqueados. Entretanto, o que também se mostra razoável é o julgamento dos fatos sem se apegar de modo tão veemente a este ou aquele período histórico. Afinal, se houve um acordo político que ensejou a anistia e como disseram alguns parlamentares em discursos políticos da época que a lei só foi sancionada como o foi em razão de acordo, fica então outra questão curiosa, que não passou despercebida pelos autores da ação e que importa saber: quem foram as partes nesse alegado acordo? (COSTA, 2014, p. 283)

É imperioso ressaltar que Flávia Piovesan (2010, p. 99), em um de seus escritos, também apresenta — com a qual concordamos — uma dura crítica ao argumento de que a Lei de Anistia tem um caráter conciliatório:

Quanto à Lei de Anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979, há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a Lei de Anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas.

Em outro ponto, embora tratando de maneira breve sobre a questão, o voto do Ministro aborda a irretroatividade do disposto no art. 5º, inciso XLIII da CF/88, assim como subscreve a afirmação de que o precedente *Almonacid Arellano vs Chile* isentaria o Brasil de condenação em razão da ratificação posterior da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra, assim como o fez com a Convenção Americana de Direitos Humanos e a competência contenciosa da Corte IDH.

Novamente ousamos discordar do posicionamento do Magistrado uma vez que, haja vista tudo o que já foi exposto a respeito do precedente invocado, nos parece que a utilização do referido julgado, que embora não seja o *leading case* reafirmou o entendimento da Corte IDH esposado no caso *Barrios Altos vs. Peru*, foi de uma enorme impropriedade técnica.

Em uma breve retomada, uma das exceções preliminares levantadas pelo Chile no caso em questão foi justamente a impossibilidade de se conhecer do caso em razão da ratificação da competência contenciosa da Corte IDH pelo Estado chileno ter se dado em momento posterior ao da morte do Sr. Almonacid Arellano e, inclusive, da Lei de Anistia chilena.

A Corte IDH se posicionou afirmando que o artigo 4 da CADH realmente estava além dos limites da aplicação de sua jurisdição, acolhendo parte das exceções preliminares. Contudo, mesmo tendo ratificado a competência contenciosa da Corte IDH posteriormente à morte do Sr. Almonacid Arellano e da promulgação da Lei de Anistia, o Chile descumpriu com o art. 8 e 25 da CADH, haja vista nunca ter promovido a investigação, identificação e punição dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos justamente em razão da Lei de Anistia. Ao que nos parece, trata-se da mesma situação em que se enquadra o Estado brasileiro.

Neste aspecto, nos apoiamos em Nunes (2014, p. 97):

Depreende-se desse conceito que a justiça de transição é composta: do direito à verdade, que significa a revelação da história escondida; do direito à memória, do qual decorre que as violações de direitos humanos não devem ser esquecidas; do direito à reparação, que visa devolver às vítimas a situação anterior à violação de seus direitos e liberdades, bem como no pagamento de indenização, quando os danos forem irreversíveis; do fortalecimento das instituições democráticas, que é voltado para a democratização de instituições afetadas pelo regime antidemocrático anterior; e, por fim, do direito à justiça, que revela a necessidade de punição aos agentes públicos que dilapidaram direitos humanos. (grifo nosso)

Desta feita, agiu em desacerto o ministro ao afirmar que o Estado brasileiro não possui responsabilidade no que concerne ao direito de acesso à justiça em detrimento da condenação de agentes de repressão estatal, e, isto não sendo feito em razão da existência de uma lei de anistia, nos parece haver uma quebra do dever de prestação jurisdicional que abarca o Estado brasileiro.

Por fim, e com base nos argumentos lançados anteriormente, o Ministro Relator julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para declarar a receptividade da Lei de Anistia, dando constitucionalidade as suas disposições.

Quanto às preliminares, apenas o Ministro Marco Aurélio divergiu do relator negando conhecimento à ação levando como base, precipuamente, a prescrição dos crimes então cometidos e o tempo que se levou para a propositura da ação. Terminou seu voto preliminar afirmando

Peço vênia, Presidente, ao relator, aos colegas que o acompanharam, para divergir. Há o binômio justiça e segurança jurídica. Se potencializada a justiça, não haverá jamais, o término dos conflitos, dos processos. Se potencializada a segurança jurídica, não haverá sequer o sistema recursal. O caso é mais afeito à segurança jurídica, no que — repito — vem à baila a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada em 1999, muito embora prevista desde 1988, passados trinta e um anos praticamente da lei atacada. Daí concluir pela inadequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Concordamos com Costa (2014, p. 282) quando afirma

O julgamento, como era de se esperar, foi impregnado por forte carga política, fato que se extrai de vários trechos dos votos dos ministros, das petições e dos pareceres, que ao enfrentar as questões postas no processo não deixaram de mencionar o atual momento político, apontando até para o potencial risco de instabilidade institucional que o resultado do julgamento poderia eventualmente causar, afinal, os agentes públicos eram em sua maioria militares, que tinham o respaldo de um governo militar que se espalhou por todo o Cone Sul, criando mesmo um trauma político que passou a dar às Forças Armadas um *status* institucional incompatível com a sua missão constitucional.

Deste modo, podemos verificar com exatidão que o julgamento foi marcado pela rejeição da possibilidade de punir os agentes de repressão estatal que praticaram os crimes anistiados pela Lei nº 6.683/79.

Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia profere seu voto no igual desiderato do Ministro Eros Grau negando procedência à ação constitucional com base na impossibilidade do STF regressar no tempo e punir aqueles crimes que, em tese estariam prescritos.

Também partiu do pressuposto de que a lei deve ser interpretada de acordo com sua intencionalidade, em uma interpretação teleológica, proferindo uma citação de Henry Campbell Black (1911, p. 66), “(...) as Cortes têm poder de declarar que um caso que vai ao encontro da

letra de um diploma legal não está de acordo com este diploma, porque não está de acordo com seu espírito e a razão da lei e o plano de intenções do legislador” (tradução nossa)³⁶.

Em outros termos, a possibilidade de se adequar o ordenamento jurídico interno à CADH, conforme a Corte IDH se esvaiu com os votos de improcedência da ADPF nº 153, proposta pela OAB.

A Ministra Cármen Lúcia entendeu pela separação entre as questões de reparação civil e atinentes ao funcionamento da Comissão da Verdade, uma vez que, segundo seu entendimento, são aspectos que escapam ao julgamento da recepção ou não da Lei de Anistia pelo ordenamento constitucional estabelecido em 1988.

Uma das ressalvas feitas à inconstitucionalidade da lei de anistia teve como base a importância da promulgação de tal disposição legal para a reabertura do regime democrático, levando em seu escopo a participação de vários flancos da sociedade civil que se opunha ao regime militar então vigente. Porém, o voto da ministra encontrou maior resistência na interpretação retroativa para aplicar situação mais gravosa a réus anistiados. Em outras palavras, a irretroatividade da lei penal para agravar a situação do réu.

Consta do item 14 do voto da Ministra Cármen Lúcia (2010, p. 12):

É possível mudar a interpretação de um dispositivo legal, mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação? Parece-me certo que sim.

Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação.

Desta feita, seu voto foi no sentido de acompanhar o relator para conhecer da ADPF e, no mérito, julgar improcedência à ação constitucional.

Em sentido contrário, foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual de plano rechaçou a ideia de que houve ampla participação e comoção social para aprovação da lei de anistia como um acordo para sustentar a abertura do regime e instituição da democracia, mencionando o contexto de crise econômica a qual gerou insatisfação na população pelo regime instituído.

³⁶ Texto original: the courts have power to declare that a case which falls within the letter of a statute is not governed by the statute, because it is not within the spirit and reason of the law and the plain intention of the legislature.

Partindo para a análise da conectividade da conduta penal, o ministro apontou para a impossibilidade de conexão entre os crimes tal qual desejara o legislador de 1979, assim como a inoportunidade de crime político por parte dos agentes estatais sendo impossível aplicar-lhes a anistia prevista na Lei nº 6.683/79.

Ao final de seu voto, o Ministro Lewandowski reconheceu a necessidade de se estabelecer investigações sérias e imparciais com base na jurisprudência da Corte IDH com a finalidade de se identificar e punir os agentes estatais responsáveis por violações de Direitos Humanos durante o período de ditadura militar.

Seguindo na mesma linha, o voto do Ministro Ayres Britto se inicia com uma crítica contra a ideia que se apresenta de anistia à comum acordo. Disse o Ministro (2010, p. 4-5) em seu voto:

Antigamente se dizia o seguinte: hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude. O vício tem uma necessidade de se esconder, de se camuflar, e termina rendendo homenagens à virtude. Quem redigiu essa lei não teve coragem - digamos assim - de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas e pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos.

Mais adiante, o Ministro Ayres Britto seguiu na linha de que não há qualquer conexão entre o crime comum e o crime político, já que este demanda que o sujeito ativo proceda ilegalmente a quebra da ordem instituída com fins ideológicos, o que não se coaduna com a visão do torturador.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o entendimento, assim como os demais ministros, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

É de extrema relevância ao estudo trazer à discussão o voto do Ministro Celso de Mello uma vez que, embora negando procedência a ADPF nº 153, observou haver, segundo seu entendimento, distinção entre a Lei de Anistia brasileira e as demais leis de anistia que foram levadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, qual seja, o caráter bilateral da anistia brasileira.

Este entendimento não pode prosperar por razões muito simples: a Corte IDH definiu nos casos já analisados anteriormente que o aspecto que interessa ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Lei de Anistia é a sua impossibilidade de prosseguimento das

investigações para se determinar os responsáveis por graves violações de Direitos Humanos e a sua respectiva punição.

Em outras palavras, o reconhecimento de que a Lei de Anistia possui dois flancos os quais, por sua vez, tocam os agentes estatais e os perseguidos políticos não afasta a afronta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que o flanco que concerne aos agentes estatais ainda impede sua investigação e eventual punição, sendo incompatível com referido instrumento interamericano.

Contudo, alguns dados devem ser levados em consideração com o julgamento da ação constitucional em questão.

A princípio, levemos em conta que a interposição de embargos de declaração no acórdão de improcedência por parte da OAB está carregada da sentença da Corte IDH do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.

E, além da sentença da Corte IDH, a OAB promoveu a juntada de um parecer do Ministério Público Federal no qual se consta que o órgão ministerial iniciou o processo de investigações para promover denúncias e dar início a persecução penal aos crimes cometidos durante o período de ditadura militar. Diz o parecer do MPF:

Em síntese, o Ministério Público Federal, no exercício de sua atribuição constitucional de promover a persecução penal e de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos humanos assegurados na Constituição, inclusive os que constam da Convenção Americana de Direitos Humanos e que decorram de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está vinculado, até que seja declarado inconstitucional o reconhecimento da jurisdição da Corte, ao cumprimento das obrigações de persecução criminal estabelecidas no caso Gomes Lund e outros versus Brasil.

Em outra mão, é imperioso ressaltar que, após a propositura dos Embargos de Declaração por parte da OAB, no ano de 2014, houve a propositura da ADPF nº 320, tendo como arguente o Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL) suscitando justamente a sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund como fator preponderante para a revogação da Lei de Anistia.

Desta feita, é certo que o Supremo Tribunal Federal será instado novamente a se debruçar sobre a matéria da Lei de Anistia e, agora, porém, o fará sob uma nova perspectiva, que é a da jurisdição da Corte IDH e sua jurisprudência consolidada no sentido de que a anistia viola a CADH.

3.4 Posição da Corte IDH sobre a Lei de Anistia Brasileira (Caso nº 11.552)

O caso da Guerrilha do Araguaia recebeu novos contornos quando, em 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e a Human Rights Watch/Americas (HRWA) apresentaram perante a CIDH uma petição contra o Brasil denunciando os fatos ocorridos durante a ditadura militar e o seu tratamento jurídico pelo poder judiciário em razão da Lei de Anistia. Ingressaram posteriormente como peticionários o Grupo Tortura Nunca Mais, do Rio de Janeiro (GTNM/RJ) e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo (CFMDP/SP), e também a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado – IEVE, bem como a Sra. Angela Harkavy, irmã de uma das vítimas de desaparecimento na região do Araguaia.

No informe de admissibilidade nº 33/01³⁷, proferido pela CIDH, consta que os familiares das vítimas desaparecidas entre os anos de 1972 e 1975 propuseram várias ações judiciais tentando a determinação do seu paradeiro e investigação dos responsáveis pelo desaparecimento, ações estas que nunca seguiram em frente, inclusive, em razão da Lei de Anistia.

No ano de 1996, as próprias vítimas apresentaram petição perante a CIDH informando que o Estado brasileiro havia promulgado uma lei³⁸ que se declarava responsável pelo desaparecimento das vítimas das operações na região do Araguaia, e também várias matérias jornalísticas apontavam a divulgação de documentos até então secretos por alguns dos agentes que participaram direta ou indiretamente das operações.

Em agosto do mesmo ano, o Estado brasileiro apresentou suas considerações iniciais alegando a disposição de instrumentos jurídicos e algumas exceções preliminares que obstavam a admissibilidade da demanda.

Após as tentativas frustradas de solução amistosa da demanda, a Comissão recebeu várias petições por parte dos representantes das vítimas requerendo que se declare a admissibilidade da demanda, bem como por parte do Estado brasileiro requerendo o arquivamento do caso.

³⁷ Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>>, acesso em 13-01-2018.

³⁸ Trata-se da Lei nº 9.140/95, sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em cujo preâmbulo consta: “Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências.”

Contudo, no dia 06 de março de 2001, a Comissão se declarou competente para analisar a demanda e, no mesmo documento já mencionado anteriormente, também declarou que a petição das vítimas era admissível de tramitação no SIDH.

Realizadas várias audiências e, inclusive, visitas *in loco* em função da análise do conteúdo probatório o qual sedimenta o caso, a CIDH proferiu o informe de mérito nº 91/08, no qual concluiu que o Brasil é responsável por violar os direitos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em 26 de março de 2009, a CIDH submeteu o caso à apreciação da Corte IDH.

Já na etapa de julgamento perante a Corte IDH, o Estado brasileiro reiterou sua defesa alegando várias exceções preliminares, as quais passaremos a analisar mais detidamente.

3.4.1 Falta de interesse processual

A princípio, alertamos o leitor para o fato de que a abordagem das exceções preliminares na presente pesquisa não respeitará a ordem em que foram apresentadas pelo Estado brasileiro e que foram trazidas na sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas da Corte IDH. Inobstante, traremos uma abordagem que facilitará a compreensão da matéria de fundo.

O Brasil indicou que apresentou um relatório à CIDH no qual apontava o cumprimento das medidas por ela determinadas em seu Informe de Mérito e que, porém, o prazo para análise das medidas foi por demais exíguo e que não possibilitaria um aprofundamento das questões relatadas.

Na visão da CIDH, a alegação do Estado brasileiro não prospera, na medida em que o prazo para apresentação do relatório de cumprimento das disposições do informe de mérito foi prorrogado duas vezes e o relatório apresentado ainda não contemplava todas as medidas determinadas, de modo que as medidas não eram concretas o suficiente para obstar a sua responsabilidade perante a Corte IDH.

Por sua vez, a Corte IDH destacou a preliminar em dois pontos a tratar. São eles: a) a atuação da CIDH ao enviar o caso à Corte IDH; e b) a análise das medidas adotadas pelo Brasil.

No primeiro aspecto, a Corte IDH ressaltou que não há disposição alguma sobre o prazo mínimo em que a CIDH deva analisar os escritos de cumprimento do Informe de Mérito, uma vez que o procedimento é determinado pelo artigo 50 e 51 da CADH, em conjunto com o Regulamento da CIDH.

A doutrina (TOJO; ELIZALDE, 2014, p. 793) também especifica que a análise desta questão é de autonomia da CIDH:

A Comissão poderá considerar a suspensão do prazo previsto no artigo 51.1 da Convenção para submeter o caso à Corte, a solicitação do Estado e sempre que ocorram duas circunstâncias: que o Estado tenha demonstrado vontade de implementar as recomendações mediante a adoção de medidas concretas, e que aceite de forma expressa e irrevogável que renuncia a interposição de exceções preliminares a respeito do cumprimento deste prazo em um eventual procedimento perante a Corte. (tradução nossa³⁹)

Em muito coadunamos com esta decisão na medida em que é facultado à CIDH determinar se vai suspender ou não o prazo processual para apresentar a petição de cumprimento e, no presente caso, a Comissão o fez por duas vezes, oportunizando duas prorrogações ao Estado brasileiro.

Devemos levar em conta que é uma faculdade da CIDH. Ora, se se pode prorrogar e/ou suspender o prazo para apresentação de petição, com muito mais razão se pode submeter o caso à Corte IDH. Mais, as suspensões são exceções à regra de andamento do feito que só podem ser intentadas se preenchidos os dois requisitos cumulativos de renúncia à exceção preliminar de cumprimento do prazo e demonstração de cumprimento das disposições da CIDH.

A Corte IDH só poderá interferir neste processo se o fizer por meio de um controle de legalidade dos atos da CIDH, o qual é exercido à solicitação expressa da parte e, em muitas vezes, se confunde com o mérito da questão.⁴⁰

No concernente ao cumprimento das recomendações do Informe de Mérito, a Corte IDH deliberou tratava-se de uma questão que se confunde com mérito da própria causa, razão pela qual decidiu pela sua rejeição.

3.4.2 Incompetência temporal da Corte IDH

Um dos princípios basilares da Corte IDH é o do *tempus regit actum*, seguindo precipuamente o que diz o artigo 4 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, no qual

³⁹ Texto original: La Comisión podrá considerar la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1. de la Convención para someter el caso a la Corte, a solicitud del Estado y siempre que concurren dos circunstancias: que el Estado haya demostrado voluntad de implementar las recomendaciones mediante la adopción de medidas concretas, y que acepte de forma expresa e irrevocable que renuncia a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento de este plazo en un eventual procedimiento ante la Corte.

⁴⁰ Sobre o assunto, temos a Opinião Consultiva nº 19, solicitada pela Venezuela, na qual fica estabelecido que a CIDH se vincula à Corte IDH, embora ambas tenham atribuições diferentes e que, portanto, possuem relativa independência, devem se pautar no respeito ao procedimento determinado pela CADH.

se estabelece que um tratado só terá aplicabilidade após sua ratificação pelo Estado-parte, salvo se houver disposição expressa em contrário no instrumento de ratificação.

A Corte IDH só pode se pronunciar sobre fatos e violações que sobrevenham a ratificação da sua competência contenciosa, salvo se o instrumento de ratificação, trazido no momento do depósito, contiver alguma disposição em contrário.

O Brasil ratificou a CADH no ano de 1992 e a competência contenciosa da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998, excluindo da jurisdição de referido tribunal eventuais violações cometidas anteriormente a esta data. Este foi o fundamento principal pelo qual a Corte IDH se declarou incompetente para conhecer da violação atinente à execução extrajudicial da Sra. Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados no ano de 1996.

Porém, é cediço na jurisprudência da Corte IDH, conforme os próprios casos já anteriormente analisados *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* e *Almonacid Arellano vs. Chile*, algumas violações de dispositivos descritos na CADH são de caráter permanente ou contínuo e que, portanto, perduram até o momento de sua cessação. É o entendimento doutrinário (TOJO; ELIZALDE, 2014, p. 772):

Da mesma forma, a Comissão tem se declarado competente para analisar petições que alegam violações à Convenção cujo princípio da execução seja anterior a entrada em vigor de referido instrumento para o Estado parte, mas que se trate de um delito continuado — como é o caso do desaparecimento forçado ou a negativa de acesso à justiça. (tradução nossa⁴¹)

As violações conceituadas como desaparecimento forçado, conforme a Corte IDH já se posicionou, são violações que se protraem no tempo até o momento em que se se tenha encontrado a vítima de violação ou hajam sido identificados os restos mortais e a *causa mortis*, como foi o caso da Sra. Maria Lúcia Petit. E, como a identificação da Sra. Maria Lúcia Petit — e aqui devemos entender que houve a cessação da violação de desaparecimento forçado — se deu antes da ratificação da competência contenciosa da Corte IDH, esta é incompetente para analisar este aspecto específico do caso *Guerrilha do Araguaia*.

No tocante às demais violações, a Corte IDH possui jurisdição para analisa-las e eis um dos principais motivos pelo qual a lei de anistia é incompatível com a jurisprudência interamericana, na medida em que a Lei de Anistia é utilizada como um óbice ao

⁴¹ Texto original: Asimismo, la Comisión se ha reconocido competente para revisar peticiones que alegan violaciones a la Convención cuyo principio de ejecución sea anterior a la entrada en vigor de dicho instrumento para el Estado parte, pero que se trate de un delito continuado —como es el caso de la desaparición forzada o la negación de justicia—.

prosseguimento das ações penais para investigar, identificar e punir os responsáveis por graves violações de Direitos Humanos no Brasil, conforme a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porém, este ponto será abordado com mais profundidade mais adiante.

Desta feita, a Corte IDH apenas reafirmou o que já havia pacificado em sua jurisprudência no que tange à sua competência temporal para conhecer das violações atinentes ao Caso Guerrilha do Araguaia.

3.4.3 Ausência de prévio esgotamento dos recursos internos

É cediço na doutrina e jurisprudência interamericana que os órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, o que inclui a Corte IDH, possuem um caráter suplementar ao da jurisdição interna. Algo que não é recente, nem exclusivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em um de seus escritos, Cançado Trindade (1983, p. 241) faz uma análise do processo de formação do requisito de admissibilidade do prévio esgotamento dos recursos internos concernente aos instrumentos universais de proteção dos Direitos Humanos e os órgãos da ONU. Na ocasião, afirmou:

Por outro lado, entretanto, argumentou-se convincentemente durante os prolongados debates da ONU que não se deveria permitir que o órgão internacional fosse inundado por uma massa de reclamações, devendo-se assim tentar previamente uma solução no âmbito do direito interno: a regra dos recursos internos atendia muito bem tal objetivo.

No mesmo sentido, a Corte IDH se posicionou no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, no parágrafo nº 32 da sentença, no qual faz uma referência direta ao memorial do Estado brasileiro:

A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais. Tendo em vista as obrigações do Estado de oferecer proteção e recursos judiciais eficazes, estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção, cabe às vítimas utilizar todos os recursos internos disponíveis antes de recorrer ao Sistema Interamericano. Por esse motivo, a Corte não pode ignorar essa norma, uma vez que, do contrário, “retiraria a confiança no funcionamento correto do [S]istema, [...] colocando em risco sua credibilidade e existência”

Posteriormente, em outro de seus escritos, o citado autor fez outra análise do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, trazendo a lição de que há um fator preponderante na verificação de admissibilidade em se tratando de petições que denunciam violações de Direitos Humanos: a flexibilização. Leciona o autor:

Com efeito, fortes razões militam, a nosso ver, em favor de maior flexibilização na aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, pois não há como atribuir a este requisito um valor absoluto intrínseco independentemente do contexto em que se aplica. (...), o contencioso interestatal da proteção diplomática e a proteção internacional dos direitos humanos baseiam-se em premissas fundamentalmente distintas, verificando-se uma ausência de paralelismo no curso dos desenvolvimentos de um e de outra. Seria, pois, difícil sustentar que a regra do esgotamento dos recursos internos deveria ter, no contexto da proteção dos direitos humanos, necessariamente a mesma aplicação que tem tido no sistema de proteção diplomática. Neste último, é manifesto o caráter preventivo da regra do esgotamento dos recursos internos, abordada de modo “negativo”, como objeção substantiva impedindo a intervenção diplomática até que os recursos internos tenham sido esgotados em vão. Na proteção dos direitos humanos, em contrapartida, a regra em questão pode ser abordada de modo “positivo”, tomando-se os recursos internos como elemento integrante do próprio sistema de proteção dos direitos humanos, com ênfase deslocada do processo do esgotamento ao elemento da reparação propriamente dita (TRINDADE, 1991, p. 19-20).

Com base neste entendimento, podemos extrair duas afirmações que nos parecem muito claras. A primeira é de que há uma conglomeração dos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos com os instrumentos judiciais internos, havendo uma fusão de ordenamentos, o que coaduna com o que já havíamos defendido no capítulo anterior e o torna mais evidente. A segunda é que, embora haja um caráter suplementar dos órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos — cujo fundamento central deixa de ser unicamente a preservação da soberania para se tornar a efetivação dos Direitos Humanos, ainda que isto se dê por meio da adequação do direito interno aos dispositivos internacionais — havendo demonstração cabal de que o prévio esgotamento dos recursos internos falhou em sua função primordial, é necessário que se recorra aos órgãos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, para que deles se obtenha a justiça. No nosso caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Insta salientar, inclusive que uma ação de amparo, equivalente ao mandado de segurança no direito colombiano, o próprio mandado de segurança, assim como qualquer ação

constitucional, ou mesmo uma ação de indenização pode ser tida como recurso, haja vista que esse conceito é abrangente para o SIDH.

Tal posicionamento não é distante com o que dispõe expressamente a CADH em seu artigo 46⁴², na medida em que referido dispositivo prevê que há a possibilidade de se admitir uma petição ainda que não se hajam interpostos e esgotados os recursos internos, desde que verificado que os recursos a serem esgotados demonstrem não ser adequados e efetivos.

Inobstante, é possível que haja uma equivocada compreensão de abstração acerca do conceito de recurso adequado e recurso efetivo, os quais são requisitos cumulativos para que se excetue a regra do prévio esgotamento dos recursos internos. Em razão disso, a sentença de exceções preliminares do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, assim como a sentença de mérito do referido caso, abordam a questão de forma categórica.

Tem-se, pois, por recurso adequado aquele que, previsto em lei, encontra fundamento jurídico para a situação que dele se espera o resultado. Em outras palavras, trata-se do aspecto formal do instrumento previsto no ordenamento interno. Contudo, conforme a própria Corte IDH já especificou⁴³, não basta a mera existência formal de um instituto. É necessário que ele também seja efetivo. E a efetividade está ligada à possibilidade de aquele recurso determinado em lei seja ávido a alcançar o resultado que dele se espera. Aqui, portanto, temos um aspecto material, fático, em que se verifica o alcance do determinado instituto.

No Brasil, *e.g.*, o *habeas corpus* é o recurso adequado, por excelência, para garantir a liberdade pessoal em se verificando uma prisão ilegal. Mas, um *habeas corpus* que demora décadas para ser analisado pelo juiz competente não é um recurso efetivo.

Durante a etapa de análise preliminar, o Estado brasileiro apresentou a exceção preliminar de falta de prévio esgotamento dos recursos internos, alegando precipuamente que existia: a) uma ADPF em andamento (a de nº 153, por nós analisada anteriormente); b) uma ação ordinária movida para determinar a investigação das circunstâncias, causas e localização dos desaparecidos; c) uma ação por parte do MPF para determinar o levantamento do sigilo dos arquivos do exército; d) uma ação penal privada subsidiária da pública para punir os

⁴² Diz o artigo 46.1.a da CADH: Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

Já o artigo 46.2 da CADH especifica: As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

⁴³ Não só no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, como também no caso *Família Pacheco Tíneo vs. Bolívia*.

responsáveis pelas violações de Direitos Humanos; e) ações de caráter pecuniário pleiteando indenizações.

A CIDH argumentou no sentido de que quando expediu um relatório de admissibilidade, não havia sido proposta a ADPF e as outras medidas, à exceção da ação do MPF, a qual demorava anos sem um resultado definitivo.

Em sua decisão, a Corte IDH ressaltou que é dever do Estado arguir as exceções preliminares em momento processual oportuno — durante a etapa de admissibilidade perante a CIDH e também durante a etapa preliminar na Corte IDH — e, mais, que uma vez alegada a falta de esgotamento dos recursos internos, cumpre ao Estado demonstrar quais são os recursos a serem esgotados e se são efetivos.

A única exceção proposta no momento oportuno foi a de que restava a ação ordinária e de que os familiares poderiam impetrar um *habeas data*. Todas as demais foram propostas 09 (nove) anos após a expedição do informe de admissibilidade pela CIDH, de modo que foram declaradas fora do momento oportuno. Já nas demais exceções, melhor sorte não assistiu ao Estado brasileiro, uma vez que o Estado não havia mencionado o instrumento específico do *habeas data*, razão pela qual houve uma espécie de preclusão consumativa.

Neste aspecto, a Corte IDH rejeitou as preliminares arguidas pelo Estado brasileiro no tocante à falta de esgotamento dos recursos internos.

3.4.4 Vedação à quarta instância

Em respeito ao caráter suplementar, as cortes internacionais não possuem competência para revisar as decisões proferidas por tribunais internos. Não se trata de uma via recursal e, com base neste preceito, o Estado brasileiro propôs tal preliminar.

É necessário situar o leitor de que a ADPF nº 153 estava em trâmite no STF e, simultaneamente, o caso Guerrilha do Araguaia em trâmite perante a Corte IDH. Uma vez que a ADPF nº 153 fora julgada antes da sentença da Corte IDH, o Estado brasileiro apresentou esta preliminar no curso do processo.

De forma muito coerente, a Corte IDH proferiu sua decisão de improcedência das preliminares arguidas baseando-se em três pontos fundamentais. Primeiro, a exceção preliminar não foi arguida no momento oportuno, razão pela qual de plano já poderia ser rechaçada. Segundo, a ADPF não é um recurso adequado, haja vista que não é disponível aos familiares das vítimas de violações de Direitos Humanos e, ainda que fosse disponível, não se destina à

reparação dos danos percebidos. Terceiro, e mais importante, a CIDH não requereu que a Corte IDH realizasse um controle de constitucionalidade da Lei de Anistia. Ao contrário, requereu que a Corte IDH realizasse um controle de convencionalidade, ou seja, um juízo de adequação da Lei de Anistia à CADH, razão pela qual também restou improcedentes as exceções preliminares arguidas pelo Brasil.

3.4.5 Os efeitos de uma violação no tempo: desaparecimentos forçados e a tortura

No mérito da causa, a Corte IDH dividiu a sua sentença em tópicos levando em consideração: a) o direito ao reconhecimento da personalidade, direito à vida, direito à integridade e liberdade pessoal; b) direito às garantias judiciais e proteção judicial; c) direito à liberdade de pensamento e de expressão; e d) direito à integridade pessoal.

É cediço na jurisprudência interamericana que as violações de desaparecimento forçado se protraem no tempo, assim como os crimes de tortura são tidos como imprescritíveis por se configurarem graves violações aos Direitos Humanos expressos na CADH.

Esta concepção demanda, em verdade, uma análise de seus elementos principais que levaram a esta construção.

No caso *Blake vs. Guatemala*, o qual a CIDH apresentou pedido de condenação do Estado pelo desaparecimento forçado do Sr. Nicholas Chapman Blake por parte do exército guatemalteco durante o período compreendido entre 28 de março de 1985 e 14 de junho de 1992, a Corte IDH fixou entendimento de que é possível a aplicação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados para a interpretação da CADH, principalmente no que tange à aplicação de normas *jus cogens*, contidas nos artigos 53 e 64 da dita convenção⁴⁴.

Disse a Corte IDH no parágrafo nº 23 da sentença de mérito do caso supracitado:

Em uma intervenção nos debates de 12 de março de 1986 da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, me permite advertir para a manifesta incompatibilidade do conceito de *jus cogens* com a concepção voluntarista do

⁴⁴ Artigo 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64: Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

direito internacional, a qual não é capaz sequer de explicar a formação de regras de direito internacional geral (tradução nossa⁴⁵).

Em outros termos, as normas *jus cogens* são imperativas e não admitem disposição em contrário, salvo se a norma posterior ampliar o campo de sua aplicação.

A mesma compreensão de possibilidade de aplicação de outros tratados internacionais veio se modificando e concedendo maior abertura aos tratados de proteção dos Direitos Humanos que são de outros sistemas internacionais que não o SIDH. Isto se deu a partir do *leading case* González e outras vs. México, também conhecido como Caso do Campo Algodoeiro.

O caso refere-se à violência praticada contra mulheres no México que alcançou proporções alarmantes, no qual a Corte IDH identificou a forte presença da violência de gênero configurada a partir das provas juntadas ao processo. Para nós, no contexto da presente pesquisa, o mais importante foi o desdobramento que se deu a partir da alegação de exceções preliminares trazidas pelo Estado mexicano.

A CIDH requereu a condenação do México com base no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Neste interim, o Estado mexicano apresentou uma preliminar de incompetência material da Corte IDH para condenar com base neste tratado. O argumento principal foi a interpretação literal do artigo 12 da CBP, em cujo dispositivo consta:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições. (grifo nosso)

Segundo consta da contestação do Estado mexicano⁴⁶, a Corte IDH não teria competência material para condenar com base no artigo 7 da CBP uma vez que o artigo 12

⁴⁵ Texto original: En una intervención en los debates de 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, me permití advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general.

⁴⁶ Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/contest7.pdf>>, acesso em: 13-jan-2018.

menciona expressamente apenas a CIDH, de modo que sua competência estaria por ele delimitada. A interpretação literal que se exigiu pressupôs o fundamento no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Ficou assentado pela Corte IDH, entretanto, que o caso deveria ser analisado por três diferentes interpretações: a interpretação literal, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica, todas com fundamento nos artigos 31 e 32 da CVDT, a qual já ficara assentada a possibilidade de ser aplicada como parâmetro interpretativo no SIDH, a partir do caso *Blake vs. Guatemala*, conforme já anteriormente mencionado.

Segundo a interpretação literal, a Corte IDH determinou que a interpretação conferida ao artigo 12 da CBP aferida pelo Estado mexicano estava equivocada, haja vista que ignorava completamente a segunda parte do referido dispositivo. Parte esta que menciona expressamente “devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (...)”.

Deste modo, a Corte IDH indicou que a CIDH tem o dever estabelecido pela CADH, em consonância com as internas regimentais, de — uma vez processado e não cumpridas as determinações do informe de mérito pelo Estado — submeter o caso à jurisdição interamericana para julgamento.

Em sede de interpretação sistemática, embora o artigo 11 da CBP estabeleça que a Corte IDH tem competência consultiva sobre referido tratado⁴⁷, trata-se de um silêncio eloquente, na medida em que a competência contenciosa da Corte IDH já fica definida pela própria CADH, não havendo necessidade de um instrumento reafirmar a sua competência contenciosa. Já a competência consultiva deve ser trazida expressamente no tratado.

Por fim, quanto à interpretação teleológica, é cediço que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm a finalidade de proteção e ampliação dos direitos expressos na CADH. A CBP, entretanto, vai além. Ela cria um sistema de petições individual, reforçando as garantias judiciais e o direito de petição criado pelo SIDH, de modo que existem, a partir desta decisão, quatro espécies de tratados: a) os que encontram-se fora do SIDH e são meramente interpretativos; b) os que encontram-se fora do SIDH e possuem sistema de petição individual; c) os que encontram-se dentro do SIDH e são meramente interpretativos; e d) os que encontram-

⁴⁷ Artigo 11: Os Estados Partes nesta Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres poderão solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos parecer sobre a interpretação desta Convenção.

se dentro do SIDH e que criam sistema de petição individual, sendo que neste último encontra-se a CBP.

Um dos principais argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal, na improcedência da ADPF nº 153, foi a prescrição dos crimes comuns praticados durante o período de ditadura militar. Entretanto, é consenso no Direito Internacional dos Direitos Humanos que as práticas de tortura possuem caráter imprescritível, principalmente em detrimento dos artigos 5.1.a, 7.1.f e 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴⁸, assim como os artigos 3, 4 e 5 da Convenção para Prevenir e Punir a Tortura⁴⁹, e também o artigo 75.2.ii dos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949 e 1977⁵⁰, todos ratificados pelo Brasil, diga-se.

Antes de tudo, é necessário ressaltar que a Corte IDH já pacificou o entendimento de que é possível a aplicação do Direito Internacional Humanitário e as Convenções de Genebra de 1949 e seus 02 (dois) Protocolos Adicionais ao SIDH como forma de interpretação, de acordo com a sentença dos casos *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia* e *Las Palmeras vs. Colômbia*.

No caso *Massacre de Santo Domingo*, a Corte IDH se deparou com a determinação de uso de bombas de fragmentação em determinada região em que se encontravam civis, e as normas de Direito Internacional Humanitário estabelecem dois princípios imperativos: a vedação de armas de efeito indiscriminado e a diferenciação entre combatentes, não combatentes e já não combatentes (DEYRA, 2001, p. 23). Já no caso *Las Palmeras vs.*

⁴⁸ Artigo 5.1: A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: b) Crimes contra a humanidade;

Artigo 7.1: Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: f) Tortura;

Artigo 29: Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. (grifo nosso)

⁴⁹ Artigo 3: Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou nela sejam cúmplices.

Artigo 4: O fato de haver agido por ordens superiores não eximirá da responsabilidade penal correspondente.

Artigo 5: Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. (grifo nosso)

Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

⁵⁰ Artigo 75. 2. Estão e permanecerão proibidos em qualquer tempo e lugar os seguintes atos, quer sejam realizados por agentes civis ou militares: ii) a tortura de qualquer classe, tanto física como mental; (grifo nosso)

Colômbia, o ataque foi feito a partir de um helicóptero que, embora não usasse uma arma de efeito indiscriminado, desferiu um ataque indiscriminado, também vedado pelo Direito Internacional Humanitário (DEYRA, 2001, p. 75).

É possível afirmar, então, que houve prescrição dos crimes de tortura e que, portanto, as ADPFs 153 e 320 perdem sua eficácia, razão pela qual devem ser julgadas improcedentes? Para responder esse questionamento, devemos analisar sob dois aspectos: a) a transcendência temporal das violações de desaparecimento forçado e dos crimes de tortura; e b) a incompatibilidade da lei de anistia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Passemos, então, a abordar o primeiro aspecto no presente tópico, deixando o segundo aspecto para o item seguinte.

É cediço que a tortura é um crime imprescritível e que, por si só, já enseja a investigação, identificação e punição dos responsáveis por tais graves violações de Direitos Humanos, conforme nos ensina Flávia Piovesan (2010, p. 98):

Ao direito a não ser submetido à tortura somam-se o direito à proteção judicial, o direito à verdade e o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos humanos. Vale dizer, é dever do Estado investigar, processar, punir e reparar a prática da tortura, assegurando à vítima o direito à proteção judicial e a remédios efetivos.

Continua a citada autora:

Faz-se fundamental romper com o continuísmo autoritário no ambiente democrático. A justiça de transição demanda o direito à justiça, o direito à verdade e reformas institucionais – temas que remanescem negligenciados na experiência brasileira. Faz-se necessário viabilizar transformações profundas no aparato repressivo de segurança herdado do regime militar – o que inclui reformas nas Forças Armadas e nas polícias civil e militar. Tais medidas mostram-se essenciais ao fortalecimento da democracia, do Estado de direito e do regime de proteção dos direitos humanos no Brasil (PIOVESAN, 2010, p. 106).

Em uma última *ratio*, poderia se argumentar a incompetência material da Corte IDH para conhecer de matéria atinente ao direito de guerra. Ora, basta verificar a incorporação maciça, clara, peremptória e incontestável do Tribunal Penal Internacional e seu Estatuto à Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que trouxe o § 4º ao art. 5º.

Desta forma, verificamos que impera, não só na jurisprudência da Corte IDH, como também na doutrina internacionalista, que as graves violações de Direitos Humanos devem ser investigadas e seus responsáveis punidos, acima de qualquer justificativa de prescrição de suas condutas, haja vista que temos duas perspectivas: i) os crimes de desaparecimento forçado perduram no tempo, até que se encontre a vítima desaparecida, esteja ela viva ou morta; e ii) os crimes de tortura são imprescritíveis, ainda que em detrimento da irretroatividade da lei penal.

Passemos, então, a analisar o direito ao acesso à justiça como uma garantia judicial estabelecida na CADH.

3.4.6 Acesso à justiça: o direito às garantias judiciais

Ainda que se apresente o obstáculo da extratemporalidade da execução da lei penal, este não é invencível, uma vez que a disposição dos artigos 8 e 25 da CADH estabelecem que é dever do Estado garantir o acesso à justiça às vítimas de violações de Direitos Humanos. E, conforme se depreende do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, tais deveres, assim como o desaparecimento forçado, se protraem no tempo. E qual o elemento utilizado pela Corte IDH para conferir status permanente a esta obrigação? Ora, todas as condutas comissivas que o Estado assume em relação à CADH se protraem no tempo até que sejam efetivadas.

Ainda que se apresente o obstáculo da extratemporalidade da execução da lei penal, este não é invencível, uma vez que a disposição dos artigos 8 e 25 da CADH estabelecem que é dever do Estado garantir o acesso à justiça às vítimas de violações de Direitos Humanos. E, conforme se depreende do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, tais deveres, assim como o desaparecimento forçado, se protraem no tempo. E qual o elemento utilizado pela Corte IDH para conferir status permanente a esta obrigação? Ora, todas as condutas comissivas que o Estado assume em relação à CADH se protraem no tempo até que sejam efetivadas.

O artigo 8.1 da CADH diz expressamente que o Estado deve garantir o acesso à justiça aos seus jurisdicionados, promovendo as devidas diligências para que um juiz ou tribunal lhes confira seus demais direitos. Trata-se da positivação clara do “direito a ter direitos” de Hannah Arendt.

Ensina Juana Maria Ibáñez Rivas (2014, p. 213) que

Da mesma forma, o Tribunal tem destacado que o artigo 8 da Convenção consagra o direito de acesso à justiça, o qual é entendido pela própria Corte como uma “norma imperativa de Direito Internacional”, não se esgota ante o

fato de que se tramitem os respectivos internos, mas também exige que o Estado garanta que estes assegurem, em um tempo razoável, a satisfação dos direitos que têm as partes do mesmo. A partir disso se depreende que os Estados não devem interpor obstáculos às pessoas que venham aos juízes ou tribunais em busca de que seus direitos sejam determinados ou protegidos. Assim, por exemplo, de acordo com a Corte, qualquer norma ou medida de ordem interna que imponha custas ou dificulte de qualquer outra maneira o acesso dos indivíduos aos tribunais, e que não esteja justificada por necessidades razoáveis da própria administração da justiça, deve entender-se contrária ao artigo 8 da Convenção. No mesmo sentido, o Estado tem a responsabilidade de consagrar normativamente e de assegurar a devida aplicação das garantias do devido processo legal ante as autoridades competentes, que amparem a todas as personas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação dos seus direitos e obrigações (tradução nossa⁵¹).

Recai, desta forma, sobre o Estado o dever de promover o acesso à justiça aos seus jurisdicionados em um prazo razoável, o que também é consagrado no artigo 46.2.c da CADH, quando se estabelece que é dispensado ao peticionário o esgotamento dos recursos internos quando estes apresentarem uma demora injustificada para serem analisados perante um juiz ou tribunal competente.

A maior preocupação concernente ao prazo razoável de um processo é justamente sobre a sua conceituação ou abrangência. O leitor deve ter se feito a mesma pergunta: ora, o que é razoável?

Em uma leitura sumária, nos causaria certo embaraço para determinar o que é ou não duração razoável de um processo. Felizmente, a Corte IDH estabelece alguns critérios para a definição do que seria um prazo razoável.

Ao julgar o caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua*, a Corte IDH estabeleceu três elementos essenciais para a definição de um prazo razoável à duração do processo. São eles: i) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.

⁵¹ Texto original: Asimismo, el Tribunal ha destacado que el artículo 8 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual, entendido por la propia Corte como una “norma imperativa de Derecho Internacional”, no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo. A partir de ello se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Así por ejemplo, de acuerdo con la Corte, cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8 de la Convención. En el mismo sentido, el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas.

Contudo, aprofundando o próprio entendimento, em um momento posterior a jurisprudência interamericana se consolidou no sentido, a partir do caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colômbia*, de que há um quarto elemento a ser analisado para a definição de duração razoável do processo. Trata-se da afetação causada à situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

E estes elementos devem ser levados em conta quando se trata do caso dos agentes de repressão estatal durante o período de ditadura militar no Brasil. A saber, no ano de 2005 (PIOVESAN, 2010, p. 105), apenas 20 (vinte) era o número de agentes condenados pela prática do crime de tortura, demonstrando duas perspectivas muito alarmantes. Primeiro, que pouco prosseguiu até então, e mesmo no ano do julgamento da lei de anistia pelo Supremo Tribunal Federal, em relação às investigações de fato dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante o período de ditadura militar. Segundo, o modelo de justiça de transição no Brasil — ou melhor, a ausência dela — causa cada vez mais embaraços ao ordenamento jurídico.

E aqui nos valemos dos estudos de Flávia Piovesan (2013, p. 396), quando ela nos informa sobre o índice de aceitação da democracia:

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdades do mundo, no campo da distribuição de renda. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa *Latinobarômetro*, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor correspondendo a 45% e no México a 43%.

E o índice apontado por Flávia Piovesan apresentou uma queda significativa em 2016, chegando à 32% o índice de pessoas que preferem a democracia, possuindo uma leve melhora em 2017, para 43%. Mas, ainda assim, menor que o índice de 2008, apresentado pela autora. O maior percentual de pessoas que acreditam no regime democrático foi alcançado no ano de 2009, quando 55% dos entrevistados aceitaram a democracia como o melhor regime⁵².

Em outras palavras, é latente a necessidade de uma justiça de transição estruturada e bem sedimentada no que tange aos Direitos Humanos consagrados não só na CADH, como

⁵² Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>, acesso em 13-jan-2018.

também aqueles contidos na própria Constituição Federal de 1988, podendo, assim, enfrentarmos o problema de maneira contundente e apresentarmos uma discussão livre sobre o tema.

3.5 Incompatibilidade da Lei de Anistia com o Direito Brasileiro

Sabendo-se que a Lei de Anistia é o principal obstáculo para a investigação, identificação e punição dos agentes responsáveis por graves violações de Direitos Humanos, agora devemos fazer um balanço de todas as teses apresentadas e verificar se é realmente trata-se de uma lei compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

A princípio, partimos do pressuposto de que a Convenção Americana de Direitos Humanos é norma de status materialmente constitucional, de acordo com o que já foi estudado até então, de modo que a sua interpretação e aplicação pela Corte IDH deve ser observada pelo ordenamento jurídico brasileiro como se da Constituição Federal fizessem parte. Assim, verificamos que se demanda uma questão de interpretação constitucional.

Contudo, é possível que as outras premissas possam impactar diretamente na compatibilidade da Lei de Anistia ao ordenamento jurídico brasileiro? Passemos a verificar qual pressuposto interage de modo mais conexo com o ordenamento e qual a resposta para a questão da lei de anistia.

3.5.1 Hipótese do status de norma constitucional

Tendo como pressuposto que a CADH tem status de norma constitucional, seria dizer que a Lei de Anistia deve se coadunar com as normas previstas no instrumento internacional.

Se levarmos, com esse prospecto, a entrada em vigor da CADH em 1992, ou mesmo a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH, pouco importa, para a nossa consideração, a ideia de que a Lei de Anistia possui um caráter conciliatório ou não, tampouco se há prescrição ou anterioridade de lei penal. Surge, então a tentadora ideia de que a norma constitucional posterior acabou por revogar a lei anterior que com ela já não mais se coaduna.

É a lição de Elival da Silva Ramos (1994, p. 69):

A inconstitucionalidade é, para nós, um vício contemporâneo ao nascimento da lei, que nela surge a partir de um confronto com o parâmetro constitucional. Ao se admitir a inconstitucionalidade sucessiva, está-se pretendendo, na

verdade, que a superveniência de uma Constituição vicia a legislação ordinária anterior com ela incompatível: portanto, nessa concepção, o vício nasce na Constituição e imediatamente se transfere para o ato legislativo.

A despeito deste entendimento, o autor entende que se aplica à emenda constitucional o mesmo efeito quando se há uma emenda posterior a texto legal com ela incompatível (RAMOS, 1994, p. 73).

À vista teríamos um problema de compreensão a despeito da aplicação da lei penal que foi revogada e extinguiu a punibilidade dos crimes comuns — o que inclui a tortura — anteriormente praticados, uma vez que a incorporação se dá com o marco temporal da ratificação da CADH, em 1992.

Contudo, o entendimento do autor em nada macula a nossa compreensão de que há espaço para o cumprimento da decisão da Corte IDH no caso da *Guerrilha do Araguaia vs. Brasil* por três razões basilares.

A princípio, a Lei de Anistia, de um modo ou de outro, estaria revogada pela entrada em vigor da CADH, haja vista que, conforme já se explanou anteriormente, é vasta a jurisprudência da Corte IDH — órgão máximo de interpretação da CADH — no sentido de que leis de anistia não são compatíveis com o ordenamento interamericano. Desta feita, errou o Supremo Tribunal Federal em declarar a sua recepção pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Argumentar-se-ia de que haveria a impossibilidade de se declarar a não recepção da Lei nº 6.683/79 pela CF/88 em razão de sua ineficácia para punição dos militares. A um, por criar lei penal posterior desfavorável, a dois, em razão da prescrição dos crimes comuns já cometidos.

Sob um primeiro aspecto, devemos ter em mente que a existência, por si só, da Lei de Anistia já contraria a CADH em seus artigos 1.1 e 2, uma vez que, em uma interpretação sistemática, o instrumento internacional interamericano cria uma obrigação de adaptar o ordenamento interno às suas disposições. E referidos dispositivos são enfáticos e dizem respeito não só às medidas legislativas, mas também aquelas de qualquer natureza que envolvam a aplicação dos demais artigos da CADH. No caso, a impossibilidade de se conferir, ao menos em primeira *ratio*, o direito ao acesso à justiça, contemplado nos artigos 8 e 25 da CADH.

Tanto em casos como *Almonacid Arellano vs. Chile*, como também na doutrina do direito internacional, fica pacificado o entendimento de que é obrigação do Estado

compatibilizar o direito interno ao do direito internacional dos Direitos Humanos por meio do controle de convencionalidade:

O controle de convencionalidade é um potente instrumento para o respeito e garantia efetiva dos direitos humanos. De acordo com a Corte esta doutrina tem sustentação no princípio da boa fé que opera no direito internacional; os Estados devem cumprir as obrigações assumidas sem poder invocar para seu descumprimento o direito interno (STEINER; URIBE, 2014, p. 13). (tradução nossa⁵³)

Do mesmo modo também entende a ex-presidente da Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga (2005, p. 25):

Uma consequência do artigo 2 da Convenção é que o Estado está obrigado a desenvolver em sua legislação aqueles direitos que em sua formulação internacional carecem da precisão necessária para que possam ser aplicados pelos órgãos do Estado e, especialmente, para que possam ser invocados perante os tribunais de justiça. Dito em outras palavras, o Estado está obrigado a fazer operativos aqueles direitos que estão enunciados de maneira tal que o aplicador nacional da norma não tenha, no texto de tratado, uma opinião clara para resolver um caso particular. Uma segunda consequência é o dever do estado de adotar todas as medidas não legislativas que sejam necessárias para permitir o pleno uso e gozo dos direitos humanos (tradução nossa)⁵⁴.

Assim, a prescrição ou a irretroatividade da lei penal mais gravosa são questões que não tem o condão de afastar a revogação da lei de anistia ou a sua exclusão pelo Supremo Tribunal Federal do ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange à impossibilidade de punição dos agentes responsáveis por violações de Direitos Humanos por conta da irretroatividade da lei penal mais gravosa, temos que a Constituição trouxe em seu §4º do artigo 5º a submissão expressa às normas do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual, conforme já mencionado anteriormente, entende ser punível a tortura praticada a qualquer tempo, o que, por lógica, se aplica aos regimes

⁵³ Texto original: El control de convencionalidad es un “potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos”. De acuerdo a la Corte esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno.

⁵⁴ Texto original: Una consecuencia del artículo 2 de la Convención es que el Estado está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Dicho en otras palabras, el Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no tiene, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular. Una segunda consecuencia es el deber del Estado de adoptar todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.

anteriores, haja vista que é próprio da interpretação teleológica do tratado, uma vez que se trata da política de justiça de transição tanto de 1ª quanto da 3ª fase e, também, concernente aos princípios de Chicago.

Um Estado adota a jurisdição do Tribunal Penal Internacional como forma de se aderir aos seus princípios e normas que, historicamente falando, se trata da consolidação maciça da justiça transicional internacional. Nos parece absolutamente contraditório adotar as normas do Tribunal Penal Internacional e aplica-las somente quando se convém.

No mais, a Corte IDH também aplica os princípios dos crimes de guerra, genocídio ou de lesa humanidade em suas condenações como parâmetro interpretativo, conforme já trouxemos anteriormente, o que inclui o alcance de graves violações de Direitos Humanos — especificamente quanto à tortura e aos crimes de desaparecimento forçado — em momento anterior ao da ratificação, por força do dever imperioso dos artigos 8 e 25 em combinação com os artigos 1.1 e 2 da CADH, como foi exatamente o que ocorreu no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.

Quanto à prescrição, é pacífico que graves violações de Direitos Humanos não são suscetíveis de prescrição ou mesmo anistia, conforme a jurisprudência da Corte IDH também já demonstrados.

Portanto, aqui, diferente da aplicação da revogação de uma norma infraconstitucional por uma emenda constitucional de outra natureza, a sua revogação por força da extratemporalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos exige uma aplicação mais complexa e mais abrangente.

Sobre a recepção da CADH como status de norma constitucional, se manifestam Christian Steiner e Patricia Uribe (2014, p. 9):

As técnicas de reconhecimento desses direitos são variadas em alguns casos, como na Argentina, o mecanismo foi a constitucionalização direta e expressa de numerosos tratados de direitos humanos, em outros, como o Brasil, o mecanismo foi definir e estabelecer esses direitos no texto constitucional; outros ordenamentos como o colombiano ou venezuelano usaram ambos mecanismos, pois não só constitucionalizaram certos tratados de direitos humanos mas também estabeleceram diretamente na Constituição uma ampla carta de direitos das pessoas. No caso do México, o artigo 1 da Constituição, reformado em 2011, assinala que a interpretação das normas relativas aos direitos humanos deverá ser conforme a própria Constituição e aos tratados

internacionais da matéria favorecendo em todo momento às pessoas a proteção mais ampla (tradução nossa⁵⁵).

Vale lembrar a importante ponderação do atual presidente da Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor e também de Carlos Maria Pelayo Möller (2014, p. 77):

Enquanto no Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina de 1998 afirmou claramente que a Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições de dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados estabelecendo que esta obrigação do Estado Parte implica que as medidas de direito interno não de ser efetivas. Isto significa que o Estado há de adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja realmente cumprido no ordenamento jurídico interno. E essas medidas são efetivas quando a comunidade, em geral, adapta sua conduta à normativa da Convenção e, em caso de assim não o ser, quando se aplicam efetivamente as sanções nela previstas (tradução nossa⁵⁶).

Não há, senão, justificativa para que não seja aplicada, portanto a CADH e, enfim, retirada do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da superveniência de norma constitucional de direito internacional dos Direitos Humanos.

3.5.2 Hipótese de status de norma supralegal

Neste ponto, verificamos que a ficção jurídica criada pela tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal toma contornos muito mais escabrosos ao analisar os efeitos causados na questão da Lei de Anistia.

⁵⁵ Texto original: Las técnicas de reconocimiento de esos derechos son variadas en algunos casos, como en Argentina, el mecanismo fue la constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil, el mecanismo fue definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros ordenamientos como el colombiano o venezolano usaron ambos mecanismos, pues no sólo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos sino que además establecieron directamente en la Constitución una amplia carta de derechos de las personas. En el caso de México, el artículo 1 de la Constitución, reformado en 2011, señala que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos deberá ser conforme a la propia Constitución y a los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

⁵⁶ Texto original: Mientras que el Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina de 1998 afirmó claramente que la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados estableciendo que esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.

A tese importa dizer que a norma do tratado é de status hierárquico inferior em relação às normas constitucionais, porém, superior em relação às demais normas contidas na legislação ordinária. Ora, se a Lei de Anistia está em grau inferior à CADH, a solução jurídica é a mesma aplicada no tópico anterior. Porém, o Supremo Tribunal Federal ignorou completamente seu próprio precedente ao afirmar que a Lei de Anistia é constitucional. Veja-se, não se está afirmando que o Supremo Tribunal Federal revisitou sua decisão e deu a ela nova interpretação. O fato é que o Supremo Tribunal Federal sequer levou em consideração o reflexo nevrálgico advindo da sua decisão para o caso em tela.

Segundo o julgamento da ADPF nº 153, podemos extrair somente uma afirmação: a) o resultado foi que a Lei de Anistia tem status hierárquico inferior à CADH, porém, a CADH não teve efeito algum sobre a Lei de Anistia; ou b) a CADH não encontra respaldo constitucional para revogar a Lei de Anistia.

Quanto a primeira afirmação, trata-se de algo completamente incoerente com os princípios, jurisprudência e doutrina do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e que, diante de tudo o quanto já foi exposto, deve ser rechaçado de imediato. Melhor sorte não assiste à segunda afirmação, haja vista que foi o próprio Supremo Tribunal Federal quem teria atribuído à CADH status de norma supralegal e, portanto, superior às legislações ordinárias, não havendo qualquer coerência neste recuo.

Segundo Robert Rigobert Lucht (2012, p. 298):

Com isso, o reconhecimento da validade da Lei da Anistia pelo STF em 2010 pode ser examinado pela CIDH, na medida em que o direito nacional analisado na ação da ADPF poderia (e deveria) contemplar também os princípios, os costumes e a jurisprudência do Direito Internacional. Com esse enfoque, seria descabido afirmar-se que o direito nacional poderia ser considerado como uma maneira de validar a anistia promulgada, pois a violação a uma norma jurídica internacional constituiria uma ilicitude. Portanto, se a Lei da Anistia viola norma internacional, transforma-se numa ilicitude, sendo incabível o reconhecimento da mesma pelo direito interno.

Se a decisão de improcedência da ADPF nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal já é muito contestável em relação à hipótese do status de norma constitucional da CADH, muito mais em relação à própria tese adotada pela supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos não ratificados com o quórum descrito no artigo 5º, §3º da CF/88, tornando a Lei de Anistia completamente insustentável.

3.6 O Problema da Lei de Anistia em Pauta

Uma vez definida a inconstitucionalidade ou inconveniência da Lei de Anistia, nos resta, por fim, analisar a possível solução a ser dada no que concerne à sua retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, contudo, é importante verificar quais as condenações da Corte IDH em relação à Lei de Anistia no Brasil. Disse a sentença do tribunal interamericano:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.

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

Neste caso, é dever do Estado brasileiro revogar a Lei de Anistia de modo que esta não seja um obstáculo ao dever de investigar, identificar e punir os responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante o período de ditadura militar, bem como se abster de invocar prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal, *ne bis in idem* ou qualquer disposição análoga atinente ao direito interno como óbice ao cumprimento das disposições da Corte IDH.

Certo é que, conforme parecer do Ministério Público Federal, as instituições responsáveis pelo início e prosseguimento da persecução penal afirmam que as investigações e denúncias estão em curso para que se dê total cumprimento à sentença da Corte IDH.

A tese prevalecente, e que foi suscitada pelo Ministro Eros Grau em seu voto, é a de que deve o Poder Legislativo, em conjunto com o Executivo, promover a revogação da Lei de Anistia. No mesmo sentido se manifestou o Senado Federal nos embargos de declaração apresentados pela Ordem dos Advogados do Brasil na ADPF nº 153. Contudo, embora haja possibilidade de tornar sem efeitos as disposições da Lei nº 6.683/79, uma eventual lei que a sobreponha esbarra em três obstáculos de difícil superação.

O primeiro óbice diz respeito a omissão concernente ao status de constitucionalidade da CADH, haja vista que — a menos que se o faça por meio de uma Emenda Constitucional que o diga expressamente — uma eventual futura revogação dificilmente terá o condão de elevar, por si só, resolverá a questão de integração de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC nº 45/04 ao ordenamento jurídico interno.

Depois, apesar de o efeito jurídico prático atinente à punibilidade dos agentes de repressão estatal ser o mesmo, haverá um outro efeito jurídico emblemático: o Poder Legislativo e o Poder Executivo absorverão a competência da corte constitucional de declarar a Lei de Anistia contrária ao ordenamento constitucional em razão das normas constantes na CADH.

Na lição de Sérgio Tibiriçá Amaral e Wellington Boigues Corbalan Tebar (2011, p. 198):

Então, por exemplo, a Constituição pode ser desrespeitada pela criação de uma norma que contraria seus preceitos, ou pela não criação de uma norma ou programa que ela ordenou que fossem criados. Destaca-se que ambas as formas de desrespeito ao texto constitucional representam uma afronta merecedora de repreensão enérgica.

No mais, ainda que se cogite superar a problemática da jurisdição constitucional, ainda restarão as questões de direito interno que assombrarão o ordenamento brasileiro, tal qual a prescrição e a irretroatividade da lei penal, que somente uma decisão judicial com carga declaratória poderá atribuir efeito jurídico estável.

A discussão sobre a Lei de Anistia toma novos contornos, na medida em que a questão foi devolvida ao STF, não só pelos embargos de declaração opostos na ADPF nº 153 com base na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a ADPF nº 320 que discute justamente a força normativa das decisões da Corte IDH, assim como também o recente pedido da atual Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, apresentado perante o Supremo Tribunal Federal sobre o julgamento dos militares acusados da morte do ex-deputado Rubens

Paiva para que se reanalise a Lei de Anistia que foi fundamento para concessão de liminar pelo ex-Ministro Teori Zavascki para suspensão do processo na Justiça Federal⁵⁷.

Antes mesmo do julgamento da ADPF nº 153, já se previa a responsabilização do Brasil perante a Corte IDH:

Na hipótese do STF julgar improcedente esta ação e declarar que a lei 6.683/79 é constitucional, nada impede que o Estado brasileiro seja responsabilizado internacionalmente pela violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, por força da interpretação conferida pela Corte máxima do país ao referido ato normativo. (SANTOS, 2009, p.180)

Roberto Lima Santos (2009, p. 176) tratou da questão delineando os aspectos da responsabilidade internacional dos Estados, no qual se verificou a hipótese de descumprimento de preceitos internacionais de Direitos Humanos que geram a injustiça manifesta e denegação de princípios de ordem geral no ordenamento supranacional.

No caso da lei de anistia brasileira, o que se observa é que o Poder Judiciário nacional, por ser refratário à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, não considera as disposições da Convenção Americana, de maneira que acaba sobrepondo o ordenamento jurídico interno em detrimento daquela, em que pese a norma expressa da Convenção de Viena sobre direitos dos tratados (art. 27). (SANTOS, 2009, p. 176)

Em seu trabalho, Roberto Lima Santos (2009, p. 141) delimita como pontos centrais da responsabilidade internacional dos Estados como sendo “(i) a existência de um fato internacionalmente ilícito; (ii) o resultado lesivo; e (iii) o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo.”

Tal entendimento encontra fundamento na doutrina internacionalista, a qual expõe que

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao Direito Internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu. Este conceito leva em conta apenas os Estados nas suas relações entre si. É evidente que nas relações do Estado com as pessoas sujeitas à sua jurisdição o instituto da responsabilidade internacional também opera, notadamente no que diz respeito às violações estatais de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2015, p. 615)

⁵⁷ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/dodge-pede-ao-stf-para-reabrir-caso-que-discute-anistia-a-militares.shtml>>. Acesso em 17-mar-2018.

Há que se observar, neste aspecto, que a responsabilidade do Estado pelo judiciário brasileiro não se dá no que tange ao erro jurídico da decisão. Veja-se que

Evidentemente que a hipótese em apreço não se confunde com o erro judiciário, em que não se procede de modo deliberado, sendo certo que os juízes, como seres humanos, são falíveis e sujeitos a erros. O Direito Internacional não pretende que as decisões judiciais sejam infalíveis, mas que a Justiça não deixe de aplicar, quando sabe que deve proceder a essa aplicação, as regras internacionais assumidas pelo Estado (...). Assim, se um tribunal errou na aplicação da norma, mas observou as formalidades legais, não há que se falar, a priori, em responsabilidade internacional do Estado. (MAZZUOLI, 2015, p. 632)

Valério Mazzuoli (2015, p. 632) reproduz os dizeres de Hildebrando Accioly (2012, p. 510):

Não se deve, porém, confundir a injustiça manifesta com o simples erro. Evidentemente, ninguém poderá pretender que as decisões judiciais sejam infalíveis, mas se o erro cometido não representa injustiça palpável ou não constitui, em si mesmo, a violação de obrigação internacional, a responsabilidade do estado não estará comprometida.

Contudo, há que se lembrar que o próprio Mazzuoli (2015, p. 633) adverte:

Não se pode esquecer, aqui, que o não cumprimento de sentença proferida por tribunal com jurisdição internacional pelo judiciário estatal também é causa de responsabilidade internacional do Estado. Todo Estado que aceita a competência contenciosa de um tribunal internacional está obrigado a dar cumprimento à decisão que, por ventura, vier a ser proferida. Caso não o faça, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, portanto, sujeito às sanções que a sociedade internacional houver por bem lhe aplicar.

Tal assertiva nos leva a considerar por demasiado claro o entendimento de que cabe ao órgão jurisdicional retirar do ordenamento jurídico brasileiro a lei de anistia que impede o prosseguimento da jurisdição penal contra agentes estatais responsáveis por graves violações de Direitos Humanos.

Desta forma, compete ao Supremo Tribunal Federal resolver a questão da anistia por meio do controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Principalmente, em razão do fato de que o pano de fundo da ADPF nº 320 — arguida pelo Partido Socialismo e Liberdade — PSOL — à qual o Ministro Relator Luiz Fux apensou os Embargos de Declaração na ADPF nº

153 — arguida pela Ordem dos Advogados do Brasil — é justamente o status hierárquico das normas da CADH em conexão à jurisprudência da Corte IDH.

CONCLUSÃO

Em princípio, verifica-se que o direito internacional é um ordenamento jurídico propriamente dito e que possui todas as nuances e peculiaridades de um complexo sistema normativo, tal qual o é qualquer ramo do estudo do direito, *e.g.*, o direito penal, direito constitucional ou mesmo direito civil.

Isto posto, o debate flui para o entendimento das relações entre o direito internacional e o direito interno.

O contexto geral em que se insere a pesquisa é a dissonância entre o ordenamento jurídico interno e o entendimento da SIDH quanto à justiça de transição, de modo que se buscou solucionar a seguinte questão: como resolver o conflito entre o direito internacional dos Direitos Humanos e o direito interno quanto à validade ou não da Lei de Anistia?

Deste modo, no primeiro capítulo analisou-se a obra de Triepel em contraponto da teoria kelseniana de modo a evidenciar o choque entre teoria monista e dualista da relação de direito nacional e internacional. Isto como forma de estabelecer um ponto de partida para solucionar a questão da força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e a as decisões da Corte IDH no ordenamento jurídico interno. Após esta análise, foi possível afirmar que os tratados de Direitos Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 possuem status de norma materialmente constitucional. Ora, se a ratificação da CADH e da competência contenciosa da Corte IDH são anteriores à EC nº 45/2004, então trata-se de uma norma materialmente constitucional por excelência.

Tal entendimento pode ser verificado da análise do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, na qual se extrai que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha atribuído à Convenção Americana de Direitos Humanos o status denominado de norma supralegal, trata-se, a bem da verdade, de uma norma de status constitucional, não só pelos fragmentos teóricos doutrinários analisados, como também pelos efeitos práticos que se concedeu à norma que proíbe a prisão civil por depositário infiel.

Tendo assentado que a CADH recebe status de norma materialmente constitucional, tornou-se imperioso estudar os parâmetros internacionais para justiça de transição, pautado na obrigação geral de um Estado nos tratados internacionais em que seja parte, bem como a relação entre a jurisprudência da Corte IDH, os Princípios de Chicago para justiça de transição e suas fases históricas.

Neste contexto, o segundo capítulo se fez necessário para extrair da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual é o órgão máximo na interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, os parâmetros para aplicação de justiça de transição respaldados no referido tratado internacional.

Isto posto, observa-se que a justiça de transição tem parâmetros históricos estabelecidos desde o período pós-guerra, ao qual se atribui como período da primeira fase da justiça de transição, verificando-se a criação de tribunais internacionais simbólicos para a punição de crimes contra a humanidade. Após, na segunda fase, vimos a criação de comissões da verdade, nas quais se verifica a necessidade de respostas às vítimas e seus familiares sobre os fatos ocorridos durante o regime anterior. E, por fim, em uma terceira fase da justiça de transição percebe-se o elemento fundamental enquadrado na internacionalização dos conflitos oriundos dos períodos ditatoriais militares de predominância nos países latino-americanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronuncia pela primeira vez sobre a lei de anistia no caso *Barrios Altos vs. Peru*, obedecendo criteriosamente os princípios de Chicago esposados por Bassiouni, nos quais se prevê a necessidade da criação de comissões da verdade, investigação, identificação e punição dos responsáveis por violações de Direitos Humanos.

No mais, a jurisprudência da Corte IDH se firmou neste sentido, criando, desta forma, uma obrigatoriedade permanente dos Estados-partes na CADH em tornar sem efeitos leis de anistia promulgadas como forma de obstaculizar o dever de adotar disposições internas que compatibilizem o ordenamento nacional ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como o dever de respeitar, fazer respeitar e não violar os Direitos Humanos constantes em referido tratado internacional.

Desta forma, no segundo capítulo é possível concluir que a jurisprudência da Corte IDH rechaça a criação de leis de auto anistia como forma de óbice para a aplicação interna dos artigos 8 e 25 combinados com os artigos 1.1 e 2 da CADH.

Contudo, isto se comunica com a lei de anistia brasileira? Em outras palavras, é totalmente incompatível com os princípios internacionais de Direitos Humanos, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência firme e dominante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por sua vez, é o órgão máximo de aplicação dos tratados internacionais atinentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

A partir das conclusões do segundo capítulo, fez-se necessária a busca pelos elementos que levaram à criação e aprovação da lei de anistia brasileira.

O terceiro capítulo estuda o contexto social, histórico e político em que se encontrava o ordenamento jurídico quando da aprovação da lei de anistia, a qual anistiou não só os perseguidos políticos, mas também os agentes de repressão estatal responsáveis por graves violações de Direitos Humanos.

É incontestável que os movimentos de guerrilha foram formados a partir de uma dissidência dentro dos partidos de esquerda, uma vez que uns acreditavam ser possível uma transição do capitalismo ao socialismo por meio de participação ativa nos programas do governo João Goulart, enquanto outros acreditavam que somente uma revolta armada seria capaz de tal façanha.

O Estado brasileiro, por sua vez, visando, a princípio, saber a localização dos movimentos de guerrilha, e também como exterminá-los, promoveu uma série de violações aos Direitos Humanos por meio de torturas sistemáticas e prisões ilegais. Após o enfrentamento dos movimentos guerrilheiros, as repressões violentas continuaram por meio de mais tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados.

Posteriormente, outra evidência que não se pode ignorar e que é imperioso levar em consideração antes de qualquer aspecto conclusivo é de que a lei de anistia foi concebida, inicialmente, como uma forma de possibilitar o perdão e a soltura dos presos políticos por conta de um sistema repressivo autoritário.

Contudo, o processo de formação da lei de anistia ganhou novos contornos e, com eles, duras críticas por parte da oposição ao governo — e aqui já não se enquadram somente os partidos de esquerda — uma vez que ao invés de anistiar os presos políticos, mantinha presos os condenados pelo regime — e por condenados não se pressupõe um devido processo legal — e perdoava os agentes de repressão estatal pelas práticas de tortura, homicídio, desaparecimento forçado e outros crimes que estes vieram a praticar.

Instituímos uma nova ordem constitucional, abraçamos a democracia e passamos a borracha na história. Isto foi um erro.

Conforme se pode verificar dos estudos dos mencionados internacionalistas dos Direitos Humanos, assim como de estudiosos da justiça de transição, o caminho da 3ª fase da justiça de transição é a internacionalização e proteção aos Direitos Humanos promovendo a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos.

Um dado relevante trazido por Flávia Piovesan, e que foi objeto de análise da presente pesquisa, foi o baixo percentual (47% em 2008 e 43% em 2017) das pessoas que acreditam que

a democracia é o modelo preferível de governo, o que demonstra as falhas estruturais de uma escolha errada de política transicional.

Instado a se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal colocou seu próprio posicionamento em cheque e seguiu equivocadamente a tese de que o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* autorizava a criação e manutenção da lei de anistia no ordenamento jurídico brasileiro, quando na verdade o precedente mencionado dizia exatamente o contrário. A oportunidade de harmonizar o ordenamento jurídico brasileiro e a Convenção Americana de Direitos Humanos foi desperdiçada.

O Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que o tempo teria consolidado os crimes cometidos durante o regime militar e que, desta forma, deveria se prezar pela segurança jurídica, colocando de lado as normas da CADH e o posicionamento da Corte IDH. Em outras palavras, a melhor solução encontrada pelo STF para o quarteto de cordas desafinado — tal qual se assemelha o ordenamento jurídico brasileiro em sede de adequação aos tratados internacionais de Direitos Humanos — é fazer três instrumentos pararem de tocar, ao invés de afinar os quatro.

É nossa função e dever promover o respeito aos Direitos Humanos e as garantias judiciais. E, respondendo àqueles que põem em cheque a legitimidade da Corte IDH para interpretar e aplicar a justiça de transição no direito brasileiro, basta verificar a disposição constitucional contida no artigo 5º, bem como a ratificação da CADH e da competência contenciosa do referido tribunal interamericano. Ora, não se ratifica a competência contenciosa da Corte IDH pela metade. Se aceitamos entrar no jogo, respeitemos as suas regras ou então o abandonemos.

Sendo assim, a pesquisa nos leva a ponderar algumas considerações fundamentais.

Uma vez assentado que os tratados ratificados antes da EC nº 45/2004 possuem status de norma materialmente constitucional e que, portanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos que foi ratificada pelo Brasil, em razão do art. 5º, §2º possui status de norma materialmente constitucional; levando em consideração que em vários casos a Corte IDH já se pronunciou sobre a lei de anistia, e em todos os que foram analisados — *Barrios Altos vs. Peru*, *La Cantuta vs. Peru* e *Almonacid Arellano vs. Chile* (o qual em muito se assemelha ao caso brasileiro) — o entendimento pacificado foi o de que as leis de auto anistia que impedem a aplicação interna dos artigos 8 e 25 combinados com o artigo 1.1 e 2 da CADH violam referido instrumento internacional; e, por fim, estabelecido que no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, a Corte IDH já se posicionou indicando que a Lei de Anistia brasileira viola a CADH, por se configurar uma lei de auto anistia que impede a aplicação da lei penal para cumprir os artigos 1.1, 2, 8 e

25 da CADH, é passível a conclusão de que a Lei de Anistia deve ser julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo-o no julgamento dos Embargos de Declaração na ADPF nº 153, os quais foram apensados à ADPF nº 320, tornando-a inválida para fins de se fazer instaurar a persecução penal e promover investigações sérias, justas e imparciais no sentido de identificar os agentes estatais responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante o período de ditadura militar, uma vez que não há que se falar em imprescritibilidade, anistia, irretroatividade da lei penal ou qualquer outro motivo impeditivo de aplicação dos artigos 1.1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Somente enfrentando essas questões diretamente é que o Brasil passará a estruturar as soluções para a organização e consolidação da democracia na sociedade brasileira e, também, poderá se pronunciar de maneira definitiva sobre a aplicação interna dos tratados internacionais de Direitos Humanos, dando início a uma nova era do direito brasileiro no que tange à proteção dos direitos fundamentais elencados não só na Convenção Americana de Direitos Humanos, como também na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito internacional público**. Vol. 1, 3 ed., Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2009.

ALEXY, Robert. (1986). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. et. al. **Observações Escritas à Solicitação de Opinião Consultiva nº 25**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2017, 62 p. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc25/31_centro_toledo.pdf>. Acesso em 15-ago-2017.

_____.; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. O código de processo constitucional no Brasil para evitar a omissão inconstitucional judicial. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.). **Derecho procesal constitucional**. tomo I, vol. 2, Bogotá: VC Editores, 2011, p. 194-213.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

ATIENZA, Manuel. **Interpretación Constitucional**. Bogotá: Panamericana, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed., Saraiva: São Paulo, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Chicago Principles on Post-Conflict Justice**. International Human Rights Law Institute, 2007.

BERTONI, Eduardo; ZELADA, Carlos J. Libertad de Pensamiento y de Expresión. In BELTRÁN, Nadya Hernández; RODRÍGUEZ, Ginna Rivera (org.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

BIDART CAMPOS, German J.. **Teoría general de los derechos humanos**. Cidade Universitária: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws**. 2 ed., Saint Paul: West Publishing, 1911.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014, v. 14

BUANI, Christiani Amaral. A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? **Revista de Direito Internacional**. Brasília, vol 9, n. 4, 2012.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed., Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2016.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

_____. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

_____. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

_____. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

_____. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

_____. La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Justiça de transição: breves anotações sobre a posição do STF brasileiro acerca da Lei de Anistia. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. (org.) **Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DEYRA, Michael. **Direito Internacional Humanitário**. Lisboa: Texttype. Trad. ALBUQUERQUE, Catarina de; TAVARES, Raquel, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. (1977). **Levando os direitos a sério**. Tradução: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon. **Transitional justice in historical perspective**. New York: Cambridge University Press, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada: as ilusões armadas**. Vol. 1, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura escancarada: as ilusões armadas**. Vol. 2, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura derrotada: o sacerdote e o feiticeiro**. Vol. 3, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura encurralada: o sacerdote e o feiticeiro**. Vol. 4, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura acabada**. Vol. 5, São Paulo: Intrínseca, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORDILLO, Augustín Alberto. **Derechos Humanos**. 6. ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.

_____. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general**. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2017.

GUEMBE, María José. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar Argentina. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. 2005, vol.2, n.3, pp.120-137.

HENCKARTS, Jean-Marie. Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. **International Review of the Red Cross**, vol. 87, n. 857, mar-2005, p. 175-212.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. (org.) **Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Unijuí, 2010.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Companhia de Letras, 2001.

LUCHT, Robert Rigobert. ADPF nº 153/STF e a Lei da Anistia: possíveis desdobramentos na esfera internacional. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (org.). **Justiça de transição no Brasil: violência, justiça e segurança**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 293-312.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Deveres de los Estados y Derechos Protegidos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia. (org.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario**. Bolívia: Plural, 2004.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. **Responsabilidade Convencional**. Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados. 2016. 264 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho - PR, 2016.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. **La convención americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial**. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2005.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro**. 2003. Dissertação – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo.

_____. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; POPPOVIC, Pedro Paulo. (Ed.) **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Rede Universitária de Direitos Humanos, v.1, n.1, jan.2004, São Paulo, 2004, p. 7-26.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução: Pedro Galvão, Porto: Porto Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., tomo II, Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. **JANUS.NET e-journal of International Relations**, vol. 3, n.º 2, out-2012, p. 17-43.

NAGY, Rosemary. Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections. In: **Third World Quarterly**, vol. 29, no. 2, 2008, p. 275-289.

NAPOLITANO, Marcos. **1964: História do Regime Militar Brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2014.

NINOS, Carlos. **Juicio al mal absoluto**. Buenos Aires: Ariel, 2006.

NUNES, Ramon de Souza. Justiça de Transição no Brasil: um estudo sobre a transição democrática brasileira ante o direito internacional dos direitos humanos. In: MEYER, Emílio Peluso Neder (org.); OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Justiça de transição nos 25 anos de Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. **Transições do regime autoritário: primeiras conclusões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PERRUSO, Camila Akemi. **O desaparecimento forçado de pessoas no sistema interamericano de direitos humanos: direitos humanos e memória**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Org.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed., São Paulo: Saraiva 2013.

_____. Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela

Morales. (org.) **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?**. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 431-448.

_____. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 91-108.

QUINALHA, Renan Honorio. **Justiça de transição: contornos do conceito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VI, 2.7. “Las víctimas de la desaparición forzada”, p. 86, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VII, “La intervención en la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta)”, p. 426, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_07.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

REZEK, Francisco. **Curso de direito internacional público: curso elementar**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?**, 6 ed., trad.: MATIAS, Heloisa; MÁXIMO, Maria Alice, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTI, Romano. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da Ditadura Militar (1964 a 1985)**. 2009. 249 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho – PR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**. vol. 16, 2003, p. 69-94.

_____. The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice. **Cornell International Law Journal**. Vol. 38, n. 3, 2005, p. 837-862.

TOJO, Liliana; ELIZALDE, Pilar. Procedimiento. Libertad de Pensamiento y de Expresión. In BELTRÁN, Nadya Hernández; RODRÍGUEZ, Ginna Rivera (org.), **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G.**, 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

_____. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. **Revista Informativo Legislativo de Brasília**, n. 77, 1983, p. 201-244.

_____. Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?**. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2 ed., Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução: RANGEL, Vicente Marotta. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. **Revista Anistia: Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, 2010, p. 196-227.

VERDROSS, Alfred Von. O Fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.