



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ÁBNER PRAXEDES DE OLIVEIRA

**DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONALISTA E A ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF FRENTE AO
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

MOSSORÓ

2021

ÁBNER PRAXEDES DE OLIVEIRA

DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONALISTA E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN –
como requisito obrigatório para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Me. Emanuel de Melo
Ferreira

MOSSORÓ

2021

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

P919d Praxedes, Ábner
Diálogo Transconstitucionalista e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153-DF frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. / Ábner Praxedes. - Mossoró, 2021.
66p.

Orientador(a): Prof. Me. Emanuel de Melo.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. transconstitucionalismo. 2. Corte IDH. 3. Convenção. 4. compatibilidade. I. Melo, Emanuel de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pela Diretoria de Informatização (DINF), sob orientação dos bibliotecários do SIB-UERN, para ser adaptado às necessidades da comunidade acadêmica UERN.

ÁBNER PRAXEDES DE OLIVEIRA

DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONALISTA E A ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF FRENTE AO
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada à Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte –
UERN – como requisito obrigatório para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: 04 / 11 / 2021.

Banca Examinadora

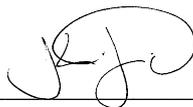


Prof. Me. Emanuel de Melo Ferreira (Orientador)
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Lauro Gurgel de
Brito:73648434420

Assinado de forma digital por Lauro Gurgel
de Brito:73648434420
Dados: 2021.11.12 11:46:34 -03'00'

Prof. Dr. Lauro Gurgel de Brito
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN



Prof. Dr. Ítalo José Rebouças de Oliveira
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Ao meu pai, Ricardo Vieira de Oliveira.

À minha mãe e familiares, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Preliminarmente, agradeço a Deus, pela graça e saúde, permitindo-me realizar mais um passo na área acadêmica.

À minha mãe, exemplo de mulher aguerrida, pela motivação ofertada nos momentos difíceis, pelo amor revelado em cada gesto e dedicação, pela educação e os ensinamentos.

À minha Noiva, pelo apoio à medida que as dificuldades iam surgindo ao longo do percurso, como também aos meus familiares que sempre me incentivaram.

Ao meu orientador, professor Me. Emanuel de Melo Ferreira, por ter aceitado acompanhar-me neste projeto, à disposição de tempo e atenção em meio à sua agitada rotina. O seu comprometimento à educação acadêmica incentiva a caminhada profissional e de aprendizado.

Aos professores do curso de direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, que forneceram as bases imprescindíveis para a realização deste trabalho; agradeço com profunda admiração pelo profissionalismo e o amor pelo ensino.

Por fim, a todos que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização deste trabalho e o apoio desempenhado durante esse período.

“O constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são.” (DA SILVA, 2010, p. 529-530)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o exame e aplicação dos efeitos do Transconstitucionalismo na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 153/DF, atinente à lei de anistia. A partir do modelo de diálogo transconstitucionalista, exposto por Marcelo Neves, busca-se verificar como os efeitos comunicativos entre o Direito Internacional de direitos humanos contribuem para sanar a incompatibilidade sobre os efeitos da lei de anistia brasileira, visto que a sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos, julgando o caso Gomes Lund vs. Brasil, sopesou pela incompatibilidade da lei com a Convenção Americana de Direitos Humanos e as normas internacionais de direitos humanos. Ademais, a decisão aclarou a omissão do Brasil na promoção dos direitos e no cumprimento de deveres prescritos na Convenção. Logo, o estudo visa apontar o intercâmbio constitucional entre o direito interno e o direito internacional de direitos humanos como forma de contribuir para solução de incompatibilidade entre as decisões contida na ADPF n.º 153/DF e no Caso Gomes Lund. e outros vs. Brasil. Esclarece-se que esta monografia não pretende apontar uma solução absoluta para a problemática. Portanto, utilizando-se da metodologia bibliografia, concentrada nos pontos da ADPF 153/DF e nas decisões da Corte IDH, bem como nas disposições da Convenção Americana será aplicado o modelo do transconstitucionalismo para a controvérsia provocada pela Lei de anistia.

Palavras-chave: transconstitucionalismo; Corte IDH; convenção; compatibilidade.

ABSTRACT

The present work deals with the examination and application of the effects of Transconstitutionalism in the decision handed down by the Federal Supreme Court, in ADPF no. 153/DF, regarding the amnesty law. Based on the model of transconstitutionalist dialogue, exposed by Marcelo Neves, we seek to verify how the communicative effects between international human rights law contribute to resolve the incompatibility of the effects of the Brazilian amnesty law, since the decision of the Inter-American Court of Human Rights, judging the Gomes Lund vs. Brazil case, found the law incompatible with the American Convention on Human Rights and international human rights norms. Furthermore, the decision clarified the omission of Brazil in the promotion of the rights and the fulfillment of the duties prescribed in the Convention. Therefore, the study aims to point out the constitutional interchange between domestic law and international human rights law as a way to contribute to the solution of the incompatibility between the decisions contained in ADPF n.º 153/DF and the Gomes Lund case. and others vs. It should be clarified that this monograph does not intend to point out an absolute solution to the problem. Therefore, using the bibliographical methodology, focusing on the points of ADPF 153/DF and the decisions of the Inter-American Court, as well as on the provisions of the American Convention, the model of transconstitutionalism will be applied to the controversy caused by the Amnesty Law.

Keywords: transconstitutionalism; IDH Court; Convention; compatibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procuradoria-Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A PROPOSITURA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153/DF	15
2.1 ADPF 153/DF e o voto do Ministro Eros Grau	17
2.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	20
2.3 Voto do Ministro Ayres Brito	21
2.4 Embargos de declaração na ADPF 153/DF	22
2.5 ADPF 320/DF e o Parecer do Ministério Público Federal	24
3 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A LEI DE ANISTIA	27
3.1 O caso Gomes Lund vs. Brasil	28
3.2 A sentença da CIDH no caso Gomes Lund vs. Brasil	30
3.2.1 Natureza dos delitos envolvendo desaparecimento forçado e sua continuidade	31
3.2.2 Dever de investigar e punir as violações de direitos humanos com o direito internacional	32
3.2.3 As leis de anistia	33
3.2.4 A jurisdição da Corte IDH.....	35
4 TRANSCONSTITUCIONALISMO	36
4.1 O transconstitucionalismo e o Direito Internacional	39
4.2 Diálogo transconstitucionalista no SIDH	42
5 APLICAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO PARA A ADPF 153/DF	46
5.1 A Lei de anistia e o dever de investigar crimes graves	47
5.2 Crimes lesa-humanidade e o caráter jus cogens	52
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O período de 1964 a 1985 foi marcado pela ascensão dos Militares no governo brasileiro, assim ocorreu em outros países da América do Sul, nos qual se instaurou Regimes Militares. As ações do regime brasileiro se basearam na defesa de Segurança Nacional frente aos movimentos comunista e revolucionários, que ameaçavam a República e os valores inerentes ao Estado. O referido período se caracterizou pela presença (no plano normativo) de vários Atos Institucionais; a edição de nova Lei de Segurança Nacional; o Congresso Nacional foi fechado; suspendeu-se os direitos e garantias fundamentais, até mesmo o habeas corpus; verificaram-se crimes de tortura e violência contra opositores do regime; a censura a imprensa. Durante esse lapso temporal, verifica-se três fases, sendo que a segunda fase — marcada pela decretação do Ato Institucional n.º 5 (AI-5), em 13 de dezembro de 1968 — configurou no aumento de mortes e desaparecimentos envolvendo opositores do regime militar. Segundo a Comissão Nacional da Verdade (2007) “O número de casos levados a exame da CEMDP relativos a 1969 mais do que dobra, em comparação com 1968, volta a subir em 1970 e atinge seu ápice no triênio 1971/1973, quando se registra média de aproximadamente 50 casos por ano.” Já a terceira fase se desdobra com a posse do general Ernesto Geisel (1974) e o governo do general João Baptista Figueiredo — preconizando uma saída do regime de forma paulatina. Apesar do AI 5 intensificar a prática de assassinatos e torturas, esta última fase ainda foi marcada pelo desaparecimento e atentados, a exemplo do assassinato do jornalista Vladimir Herzog; posteriormente a isso, inicia-se uma abertura política, encerrando o estado de exceção.

Em 28 de agosto de 1979, foi aprovada a Lei n.º 6.683 (Lei da Anistia), no qual concedeu o perdão aos agentes envolvidos durante o regime militar no Brasil. Todavia, houve questionamentos sobre a norma em tela envolvendo o conceito de crimes conexos e o respectivo perdão (beneficiando os agentes envolvidos na prática de torturas e assassinatos). De outro modo, a sobredita Lei permitiu o retorno de lideranças que estimularam ao processo de redemocratização, sendo alegado pelo governo uma anistia “bilateral”, porquanto beneficiou os agentes estatais à época e os opositores.

A norma-legal suscitou debates quanto a violação aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, levando a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizar, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153,

Distrito Federal. Na ação, questionou-se a validade do artigo primeiro da Lei da Anistia, que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes “de qualquer natureza” relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e o descumprimento aos preceitos fundamentais: dignidade da pessoa, republicano e democrático, isonomia em matéria de segurança

Nada obstante, o Tribunal Excelso ponderou pela validade da Lei sobredita, não constatando afronta aos preceitos fundamentais; nem acatou a alegação de violação as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos. Acontece que à época, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund. e outros vs. Brasil* (relativo à Guerrilha do Araguaia), proferiu sentença condenatória, direcionado ao Brasil, pelas graves violações cometidas por agentes militares contra membros e adeptos da guerrilha. Aclarou-se a incompatibilidade da Lei de Anistia com os preceitos internacionais sobre direitos humanos, sobretudo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, visto que, além de impedir a efetividade dos direitos estabelecidos na Convenção, afrontam o dever de o Estado investigar e responsabilizar os praticantes de tais violações.

Com essa condenação, o Brasil tentou efetuar parcialmente os pontos resolutivos da Sentença, porém, sem sucesso. No ano de 2014 foi ajuizada a ADPF n.º 320/DF, objetivando examinar os efeitos da Lei de Anistia n.º 6.683/1979 em face do julgamento da Corte IDH, e a declaração de violação aos dispositivos constitucionais fundamentais. No bojo do processo, o Parecer emitido pelo Procurador-Geral da República, apontou pelo conhecimento da arguição e a necessidade de afastar interpretação que viole preceitos fundamentais, efetivando a garantia e proteção dos direitos humanos no ordenamento interno. Diante da incompatibilidade da lei de anistia aos preceitos constitucionais e as normas internacionais de direitos humanos, busca-se, neste trabalho, verificar como o modelo de transconstitucionalismo (proposto pelo Professor Marcelo Neves), contribui na solução da lide acerca do entendimento da Lei de Anistia ante o antagonismo entre o STF e a Corte IDH. Desta forma, partindo do diálogo transconstitucionalista, o qual preconiza a conversação (entrelaçamento) entre diversas ordens jurídicas com intuito de fornecer resoluções adequadas e suportáveis para problemas relativos a questões fundamentais. Esse modelo visa expor o “ponto cego” para melhor decisão sobre dilemas jurídicos.

Sendo assim, utilizando-se da ADPF n.º 153/DF, busca-se verificar como o entrelace transconstitucional apresenta-se a contribuir ante o entendimento da Corte Interamericana sobre a invalidade das leis de anistia, e o posicionamento do Estado brasileiro perante o compromisso

em garantir os direitos humanos tanto no direito interno como no plano Internacional. Logo assim, consoante as questões a serem discutidas aqui, adotar-se-á a pesquisa qualitativa, designadamente, bibliográfica e estudo de caso, tendo em vista a pretensão em sopesar a contribuição do diálogo transconstitucional entre o direito interno e as normas de direitos humanos, para análise da ADPF 153, sobretudo verificar a superação de entendimento. Quanto ao método, será aplicado o hipotético dedutivo, visto que se busca investigar as implicações desse entrelaçamento.

No segundo tópico será explanado os principais pontos sobre a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, a tese predominante no julgamento (suscitada pelo Ministro Eros Grau), assim como, os votos que divergiram; entendendo os efeitos da anistia como violadores aos preceitos constitucionais e as normas internacionais. Ademais, destacar-se-á a propositura da ADPF n.º 320/DF e precipuamente o Parecer do Ministério Público Federal (MPF).

Já no terceiro ponto, será abordado a atuação dos principais órgãos na garantia da Convenção Americana de Direitos Humanos, destacando-se o caso *Julia Gomes Lund. vs. Brasil*. Aprofundando os aspectos firmados na Sentença Condenatória, busca-se explanar os principais pontos vinculados: lei de anistia, crimes lesa humanidade, jurisdição, deveres dos Estados signatários; e por fim, constar o posicionamento da Corte IDH em casos semelhantes.

No quarto tópico, proceder-se-á exposição teórica do transconstitucionalismo, defendido pelo Professor Marcelo Neves, destacando os conceitos e proposições que implicam nesse fenômeno. Em seguida, apontar o desenvolvimento desse entrelaçamento nas diversas ordens jurídicas, sobretudo, os casos em que o Supremo Tribunal Federal se valeu de entendimentos e decisões estrangeiras para solucionar adequadamente dilemas constitucionais transterritorial; até mesmo, em situações no qual dialogou com a Corte Interamericana.

No último assunto, procede-se a uma apresentação das principais decisões sobre a anistia, pela Corte IDH; os precedentes internacionais como os pontos vinculados pelo Direito Internacional de Direitos Humanos; como os preceitos instituídos pelo Constituinte de 1988 influi perante os efeitos concebidos na Lei n.º 6.683/1979 e os apontamentos contidos no Parecer do MPF direcionando para análise da Lei de anistia com base nas normas internacionais e na solução harmônica junto a Corte IDH. O cerne desta análise não segue apontar hierarquia entre ordens jurídicas, nem propor relativização da soberania estatal; e sim localizar as

implicações do aprendizado entre ordens na proteção e garantia de direitos quanto afrontados por legislações “obscuras”, como as leis de anistias em face da Convenção Americana.

Assim sendo, procura-se verificar a aproximação do Supremo Tribunal Federal com outras ordens jurídicas, especificamente no que tange aos direitos humanos, com intuito de apontar a presença do diálogo transconstitucional como parâmetro na resolução da incompatibilidade de entendimento perante a Convenção Americana de Direitos Humanos e o respectivo compromisso ante a proteção desses direitos no plano mundial. Lembra-se que este estudo não pretende indicar uma resposta definitiva para a problemática jurídica-constitucional, mas identificar o impacto do fenômeno do transconstitucionalismo.

2 A PROPOSITURA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153/DF

Os efeitos resultantes da Lei de Anistia no Brasil ensejaram discussão no plano normativo-jurídico, sobretudo a polêmica envolvendo o conceito de crimes abarcados pela norma legal. Além do mais, no plano Internacional a polêmica sobre as Leis de Anistias provocou posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, manifestando-se no sentido de considerar a anistia de agentes praticantes de crimes lesa-humanidade (crimes imprescritíveis) como uma violação fundamental aos Direitos Humanos.

O debate começou a ser intensificado no âmbito interno, revelando a necessidade de uma responsabilização dos agentes violadores de Direitos humanos durante o período de 1964 a 1985, assim como a obtenção de informações, visando solucionar os casos de desaparecimentos forçados e reparar os familiares e as vítimas desses crimes “desumanos”.

Surgiram nos órgãos do governo federal, manifestações adversas acerca da anistia. Nesse passo, em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou a arguição de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pleiteando a declaração de não recepção do artigo 1.º da Lei n.º 6.683/1979 pela Constituição Federal de 1988, bem como a necessidade de adotar interpretação conforme a Constituição. Verifica-se a seguir a redação preconizada no dispositivo legal:

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 conexo 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.

(BRASIL, 1979, p.12265)

A petição buscou a nulidade referente a extensão da anistia aos crimes comuns cometidos pelos agentes durante o regime militar, haja vista a previsão em lei ao discorrer sobre os crimes políticos ou conexos. Desse modo, a CFOAB afirmou na inicial que o dispositivo supracitado não teria sido recepcionado pela Constituição 1988, que estatui no artigo 5º a tortura como crime insuscetível de graça ou anistia:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Além do pedido de interpretação, o fundamento suscitado pela CFOAB buscou a afirmação de distinção dos crimes políticos ou conexos em relação aos crimes comuns — praticados pelos agentes públicos, no qual esses não estariam abrangidos pela Lei de Anistia, provocando assim a responsabilização penal dos agentes que perpetraram tais infrações penais. Apresentou-se ao STF controvérsia jurídica referente aos crimes cometidos por agentes durante o regime militar que resultaram em torturas, homicídios, estupros, abuso de poder, desaparecimento. Assim, o perdão, através da anistia, concedido aos agentes enquadrados nos crimes comuns estariam violando preceitos fundamentais: dignidade da pessoa, republicano e democrático, isonomia em matéria de segurança. Vale lembrar, tais “mandamentos” estão previstos no artigo 1º da Constituição.

A despeito da violação ao princípio da democracia e republicano, esclareceu-se na inicial que a referida lei foi aprovada em momento político distante de uma participação popular, tendo em vista que os membros do Congresso Nacional eram eleitos com indicação de Militares, bem como, o poder executivo estava representado por Agente Militar (adepto ao regime). Nessa perspectiva, evidencia-se uma verdadeira autoanistia, sendo incongruente com o Estado democrático de Direito. Os representantes da Ordem ainda afirmaram ser conflitante no âmbito ético-jurídico a prática de tortura com o princípio da dignidade humana, pois tal ato é classificado universalmente como ultrajante. De todo modo, não é possível conceber a compatibilidade da anistia com a Constituição, visto que abarcar os crimes comuns caracterizados por torturas, estupros, homicídios, sequestros, lesão corporal de natureza grave e outros análogos (BRASIL, 2010).

Outrossim, levantou-se que os referidos atos recepcionados na Lei de anistia brasileira representavam incompatibilidade com as normas de Direito Internacional referente aos Direitos humanos; mormente o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em 1984,

perante a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Vale anotar que a controvérsia em questão, transcende o aspecto jurídico relacionado a recepção normativa e interpretação, abarcava também a situação histórica e pré-constitucional defronte ao Poder Constituinte de 1988, este calcado nos princípios: da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da democracia, do republicano e acesso à informação.

2.1 ADPF 153/DF e o voto do Ministro Eros Grau

Ab initio, no dia 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 153. Com resultado de sete votos contra dois, predominou o entendimento — defendido pelo Relator, Ministro Eros Grau — ponderando a validade da Lei de Anistia, em razão desta conduzir uma decisão política firmada à época, assim como precisando a norma legal ser interpretada junto a realidade em que foi apresentada e aprovada.

Dessarte, as alegações de que aquelas infringiam preceitos fundamentais, a exemplo da dignidade, não prosperaram; assim como, entendeu-se prejudicado o argumento de violação as normas preconizadas pela Convenção das Nações Unidas quanto à tortura e outros tratamentos desumanos, dado que a lei de anistia tem caráter antecedente ao compromisso assumido pelo Brasil no âmbito Internacional.

Neste preceptivo, insta mencionar a tese predominante iniciada pelo Ministro Eros Grau, culminando na adesão dos outros seis ministros da Corte. Nas considerações iniciais do relator, aclarou-se que a questão de interpretação referente a extensão da anistia, sendo o caso, deveria ser realizada pelo Legislativo, e não no Judiciário (BRASIL, 2010). Desse modo, ele explana a situação política brasileira no final dos anos setenta, enfatizando assim a natureza de acordo político.

Essa interpretação da Lei de Anistia com base no contexto histórico culmina, no seu entender, o caráter bilateral da anistia, no qual favoreceu tanto os agentes que praticaram crimes políticos como aqueles que cometeram crimes conexos — atuando em defesa do Estado (BRASIL, 2010). Assim, para o relator, o disposto no parágrafo 1.º do artigo 1.º da Lei n.º 6.683/79 ao discorrer sobre a definição de crimes conexos revela uma expressão restrita ao momento histórico:

Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ser assim. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. (BRASIL, 2010, p. 26)

Na explanação do seu voto, ressaltou que a definição prevista pelo legislador (artigo 1.º, §1º da Lei de anistia) aponta a abrangência da anistia sobre os crimes de qualquer natureza, desde que estejam correlacionados com os crimes políticos ou cometidos por motivação política. Nesse sentido, revisitou os casos anteriores a Lei n.º 6.683/79 que concederam anistia, os quais já apresentavam a referência de crimes conexos a crimes políticos, desde 1916. Posteriormente, tratou sobre o Decreto-Legislativo 22, de 23 de maio de 1956, o qual trouxe a expressão de anistia ampla e irrestrita.

Nada obstante, ele esclarece que apesar da previsão de uma anistia bilateral e *sui generis*, esta não foi totalmente ampla (restrita) devido à exceção aos agentes que foram condenados pela prática de tortura e atentados (BRASIL, 2010). Portanto, não caberia ao judiciário adotar outro entendimento, quando o próprio legislador previu a anistia aos crimes conexos com motivação política ou crimes políticos, possuindo a natureza ampla.

Seguindo nessa exposição, afirmou que a referida Lei de anistia se caracteriza como uma lei-medida. Nas suas palavras, “As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesma o resultado específico pretendido, o qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material” (BRASIL, 2010, p. 31). Sendo assim, tal ato deve ser interpretado na realidade e no período histórico que foi editada.

Como lei-medida, a anistia versa sobre fatos concretos e efeitos presentes (desprovido de generalidade e abstração). Para tanto, é preciso compreender as disposições adstritas a realidade-social que envolve a transição do regime militar para democracia política; podendo assim, descobrir a expressão de “crimes conexos” prevista na Lei n.º 6.683/79.

Portanto, examinar a anistia com base na realidade fática da época de sua aprovação, resultaria em compreendê-la como acordo-político, possibilitando compreender os atos censuráveis perpetrados por agentes do regime como crimes conexos. Aqui, torna-se oportuno mencionar a apreciação realizada pelo Professor Emílio Mayer ao argumento do Ministro Eros Grau sobre a lei-medida. Além de apontar dois problemas principais no posicionamento exposto pelo relator, esclarece que:

Defender que as chamadas “leis-medida” não estão sujeitas à interpretação por serem leis apenas em sentido formal ou medidas de execução e que, por isto, estariam sujeitas a uma interpretação no contexto em que produzidas significa negar à hermenêutica o papel universal a ela imputado; pois se interpretação e aplicação coincidem, a Lei de Anistia só poderia mesmo ser interpretada à luz do presente “constitucionalizado democraticamente” a partir de 1988, não à luz do regime ditatorial de outrora.

Isto significa, pois, que a Constituição de 1988 permitiria o seu próprio descumprimento. Basta pensar, por outro lado, que a própria interpretação que o voto faz da Lei de Anistia é já uma “interpretação/aplicação”, ou seja, já espraia seus efeitos agora, no presente. Que efeitos são esses? Negar vigência a normas constitucionais como as que estabelecem o devido processo legal, a isonomia, a dignidade da pessoa humana e o direito à informação e à memória. (MAYER, 2012, p.78-79)

Ainda na justificativa do seu voto, pronunciando em referência à transição para a democracia e a revisão da lei de anistia, o Ministro Eros Grau registrou que o Poder Judiciário não estaria autorizado a alterar, a oferecer sentido outro daquele previsto no texto legal da Lei de anistia. Demonstrando cuidado relativo às transformações na sociedade e do tempo quanto as concepções normativas, buscou realçar a qualificação para os eventos envolvendo acordos-políticos, porque seria preciso respeitar as decisões firmadas à época.

Reforçando a competência do Poder Legislativo para revisão da lei de anistia, citou os casos semelhantes, envolvendo os países da Argentina, Chile e Uruguai; mormente, a preservação da estabilidade estatal, “O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito”. (BRASIL, 2010, p. 42)

Todavia, salienta-se que na propositura da ação não foi requerida uma atuação ativista do Tribunal Cidadão sobre anistia, isto é, atuação como legislador positivo. O pedido versou para que o Supremo Tribunal interpretasse a Lei de Anistia, com base nos preceitos fundamentais da ordem democrática vigente no Brasil; entendendo que os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão durante o regime militar não estariam abrangidos pela anistia, caso contrário, resultaria em afronta a Constituição Federal de 1988.

Com relação ao argumento proposto pela CFOAB relativo à inobservância às normas internacionais, esclareceu o caráter anterior da Lei n.º 6.683/79 atinente a adesão junto a Convenção das Nações Unidas contra ilícitos e tratamentos cruéis, como também preceder as disposições sobre crime de tortura e o artigo 5.º, inciso XLIII da CF 88. Concluiu assim a não afetação da lei de anistia.

Por conseguinte, fundamentando na introdução da Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, argumentou que a reforma estabelecia uma nova ordem normativa, e por sinal, legitimava a anistia, visto como essa não pertenceria mais a antiga ordem. Ele aduz a recepção feita pela aludida emenda, especificando o conteúdo previsto no artigo 4.º da EC n.º 26/85, tendo a seguinte redação:

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

[...]

Outrossim, o relator defende a ratificação do instituto pela norma transcrita, haja vista a previsão da concessão de anistia aos autores de “crimes políticos ou conexos”, e aos servidores e funcionários demitidos por motivação política, conforme dispositivo supramencionado. Aliás, reportando a fala do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, destacou que a norma atinente a anistia prevalece através da EC n.º 26/85, elevando-se a qualidade de norma constitucional. Enfim, acentuou o caráter Constituinte conferido à emenda, porquanto expressa a nova ordem, em virtude da convocação da Assembleia Nacional Constituinte (prevista no artigo 1.º da EC n.º 26/1985), participando da Constituição de 1988 como “norma-origem”. Assim sendo, restaria impossibilitado suscitar questionamentos quanto a legitimidade da concessão frente ao texto constitucional de 1988.

2.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Adotando posicionamento distinto, o Ministro Ricardo Lewandowski abriu voto divergente. A começar, ele ressalta o instituto da prescrição para a temática discutida; referindo-se à Extradicação n.º 974, esclarece o caráter permanente dos crimes de sequestros (seguindo de homicídios) envolvendo desaparecimento de vítimas e desconhecimento dos restos mortais, no qual esses efeitos prosseguem no tempo, impedido assim o início de prazos prescricionais (BRASIL, 2010).

Prosseguindo, de forma preliminar sobre a eventual conexão dos crimes comuns e políticos ou com motivação política, aponta atecnia pelo legislado na redação do parágrafo 1.º do artigo 1.º da Lei 6.683/1979, tendo em vista o debate relacionado a abrangência da anistia. O ministro Lewandowski realça a incoerência na proposição de uma conexão material entre os ilícitos comuns com os crimes políticos, visto como não se identificar liame necessário, consequência ou ocasional exigido pela doutrina.

Esse rememorou muito bem que, apesar de um regime de exceção instituído no país, os agentes estatais estavam sujeitos a norma interna e aos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional e humanitário. Nesse passo, deixa claro que os delitos comuns possivelmente praticados pelos agentes militares estavam tipificados na legislação penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), vigente à época; como também previstos nos Códigos penais militares de 1944 e 1971.

Nesse diapasão, como a lei de anistia não debruça nos delitos comuns, assim como apresentou de forma equivocada o conceito de conexão, nada impediria a instauração de persecução penal contra os agentes que praticaram tais crimes, contanto que, caso a caso, constatada natureza política ou motivação política, seria afastado a ação penal (BRASIL, 2010).

Em relação ao argumento do relator alusivo a ratificação da anistia pela EC n.º 26/85, o ministro Lewandowski apregoa a ilegitimada, porque uma possível confirmação pela referida emenda seria irrelevante, já que a lei de anistia possui efeitos imediatos e pretéritos. Além disso, a Constituição de 1988 concedeu a anistia em outros termos, com beneficiários distintos (BRASIL, 2010).

Por fim, reafirmou o compromisso internacional assumido pelo Brasil no combate as violações aos direitos humanos, procedendo à investigação, instauração e punição desses delitos praticados, caso contrário ensejaria em responsabilidade internacional; conforme dever firmado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.3 Voto do Ministro Ayres Brito

Convergindo a tese ora exposta, seguiu voto do Ministro Ayres Brito. Em que pese, no início da sua fala deixou assente a ausência de dúvida relativo à abrangência preconizada pela anistia: tantos aos crimes políticos, como aos crimes hediondos ou assemelhados. Repisando a

exposição feita pelo Ministro Eros Grau, destacou o aspecto histórico não como um método de interpretação, mas “paramétodo”. Dessa maneira, a sua utilização é remanescente em relação a outros modos interpretativos.

Inobstante, reforçou que o regime de exceção não importava na legitimidade de atos ilícitos. A ascensão dos Militares ao poder foi marcada por uma ordem jurídica (autoritária ou não), porém, sendo presente regra legal a ser observada. Logo, os autores de crimes de tortura, homicídios, estupros e semelhantes infligiram a legalidade democrática de 1946 e a instituída pelo regime Militar; nas suas palavras:

Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores et caterva – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. Pessoas que transitaram à margem de qualquer ideia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas, que não compactuavam nas suas leis com atos de selvageria, porque torturador não é um ideólogo. Ele não elabora mentalmente qualquer teoria ou filosofia política. Ele não comete nenhum crime de opinião, ele não comete nenhum crime político, já que o crime político – disse bem o Ministro [...] (BRASIL, 2010, p.139)

Sendo assim, para o Ministro, os praticantes de tais infrações, não podem ser vistos em igualdade com agentes estatais que ascenderam ao poder, visto que aqueles perpetraram crimes lesa-humanidade, e afrontaram ordem vigente. Dessa forma, aclarou que não se extrai do dispositivo sobre anistia o caráter amplo, geral e irrestrito. Quanto à EC n.º 26/85, reportando-se a fala de Josafá Marinho, enfatiza que “o ato de convocação da Assembleia Nacional Constituinte não está presa ao ato de sua convocação”. (BRASIL, 2010, p.145). Por derradeiro, conferindo interpretação conforme, entendeu pela supressão do texto da Lei n.º 6.683/79 aos crimes preconizados no inciso XLIII, artigo 5.º da CRFB 88. Então, ponderou parcialmente procedente a ADPF 153.

2.4 Embargos de declaração na ADPF 153/DF

Apesar da tese enunciada pelos Ministros Lewandowski e Ayres Brito, a maioria da Suprema Corte brasileira seguiu a razão defendida pelo Ministro Eros Grau. Apreciando os dispositivos da Lei n.º 6.683/79 concentrado ao tempo passado, foi declarado improcedente a ação e aferido validade da anistia ampla.

Malgrado, no dia 13 de agosto de 2010, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil opôs embargos de declaração ante o acórdão proferido pelo Supremo tribunal. Para a

OAB, a decisão do pleno foi omissa aos fundamentos jurídicos apresentados na inicial; designadamente, não se enfrentou diretamente o caráter bilateral da anistia contida na legislação, visto que a concessão desse perdão acaba abarcando também os crimes lesa-humanidade, incorrendo em afronta aos princípios fundamentais do direito internacional. Ademais, destacou-se não se tratar de uma desconsideração a “pacificação política”, porém, não se deve esquecer os atos praticados, para evitar acontecimentos futuros.

Para tanto, utilizando-se da Extradução n.º 974, o embargante deixa assente a omissão do acórdão a despeito dos crimes de desaparecimento forçado e sequestro (presente no regime de exceção), no qual, em rigor, começa-se o cômputo de prescrição a partir de sua consumação. Destacou-se ainda a ausência de enfrentamento em relação à posição externa, assim, ressaltou o pacto internacional firmado pelo Brasil, conforme definido pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas — ONU, o dever de investigação, ajuizar e punir os responsáveis por violações aos direitos civis e políticos (o Supremo entendeu que o Estado Brasileiro estava isento à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Segundo a conteúdo exposto nos embargos, o Supremo Tribunal não se atentou ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a validade de auto anistias penais, dado que, em cinco casos, foram consideradas ilegítimas: caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Acórdão de 27/11/1998; Caso *Bamos Altos vs. Perú*, Acórdão de 14/03/2001; Caso *Bamos Allos*, novo Acórdão de 03/09/2001; Caso *Comunidad Moiwana*, Acórdão de 15/09/2005; Caso *Almonacid Arellano y afros vs. Chile*, Acórdão de 26/09/2006 (ANTUNES, 2017).

Logo depois, em 21 de março de 2011, o embargante peticionou manifestação constando fato novo, inerente ao caso da lei de anistia, indicou a sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos no caso *Gomes Lund. e outros vs. Brasil*. Nessa decisão, clarificou-se a incompatibilidade da Lei n.º 6.683/79 com o dever assumido pelo Estado em investigar e punir graves violações de direitos humanos; tal fato incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em vista disso, a Advocacia Geral da União (AGU), em 6 de junho de 2011, na qualidade de representante da Presidência da República e do Congresso Nacional, ofereceu manifestação pelo indeferimento do recurso. No que pese, utilizando o argumento do voto do relator, sustentou a inexistência de omissão no referido acórdão do STF, porquanto foram enfrentados todos os quesitos no tocante a anistia bilateral e os precedentes Internacionais. Por

fim, explicitou a falta de obrigatoriedade do Estado brasileiro as normas internacionais não ratificadas, ou firmadas posteriormente a Lei de anistia penal em debate.

Já em 19 de dezembro de 2011, a Procuradoria Geral da República emitiu o Parecer n.º 6064 — PGR — RG. Consoante o ato opinativo, foram analisadas todas as questões jurídicas inerentes ao objeto discutido; seguindo o discurso dos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, afirmou-se que a Lei de anistia seria fruto de um debate nacional, com participação das esferas democráticas, culminando na regulamentação da transição política. Em linhas finais, declarou-se não verificar elementos para os embargos, pois o recurso interposto se deu com base na insatisfação com a decisão, inexistindo omissão jurídica no caso em tela.

Em 21 de março de 2012, o Conselho Federal da OAB requereu adiamento do julgamento dos embargos. Nessa conformidade, foi deferido o pedido, e até a presente data deste trabalho, encontra-se pendente o exame de Embargos de Declaração interposto pela OAB em face do acórdão proferido pela Suprema Corte Brasileira.

2.5 ADPF 320/DF e o Parecer do Ministério Público Federal

No dia 15 de maio de 2014 foi protocolado, pelo Partido Socialismo e Liberdade, a Arguição de Descumprimento Fundamental n.º 320/DF, objetivando questionar os efeitos da Lei de Anistia n.º 6.683/1979 em face do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

A ação visa obter declaração para afastar os efeitos da Lei de anistia aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; como também descaracterizar a os efeitos aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979. Além de alegar a violação de dispositivos constitucionais fundamentais, mais especificamente os artigos. 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988. Por fim, postula-se o cumprimento integral da sentença de 24 de novembro de 2010 (*Gomes Lund e outros vs. Brasil*) da Corte IDH a todos os órgãos do Estado brasileiro.

Em 28 de agosto de 2014, A Procuradoria-Geral da República (PGR), através do seu Procurador-Geral, Rodrigo Janot, manifestou-se pelo conhecimento do pedido para afastar interpretação que viole preceitos fundamentais da Constituição de 1988, e de modo especial, atender as disposições da sentença e das normas internacionais (Parecer nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR). Inicialmente, cumpre registrar que os argumentos expostos, pelo PGR, no ato opinativo, reforçam diretamente a pretensão deste trabalho, ao apontar o dever do Estado Brasileiro em estabelecer entrelace constitucional (dialogar) com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, sobretudo, quando a Constituição de 1988 instaura um estado estruturado na proteção de direitos fundamentais e direitos humanos.

No Parecer emitido, o Procurador Geral esclareceu a diferenciação do objeto-fático pleiteado em face da ADPF 153/DF; visto que o pleito da nova ADPF trata dos efeitos da Lei de anistia perante a decisão da Corte IDH, com intuito de “[...] de estabelecer os marcos do diálogo entre a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (plenamente aplicável à República Federativa do Brasil, que a ela se submeteu de forma voluntária, soberana e válida) e a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro.” (BRASIL, 2014, p. 31). O PGR ainda acrescentou: “Na ADPF 153, o STF efetuou controle de constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.” (BRASIL, 2014, p.34)

Argumentando que a falta de cumprimento, pelo Estado brasileiro, aos pontos de resolução da Corte Interamericana afronta os preceitos fundamentais estalidos §§2º e 3º do artigo 5º da Constituição, indicou que atentava diretamente ao dever posto na Convenção Americana em adequar o ordenamento interno as normas constitucionais, dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil. Além do mais, a incompatibilidade feria o princípio da dignidade, principio fundamentado na estrutura de direito constitucional interna.

Outrossim, defendeu o caráter vinculante da decisão no *Gomes Lund vs. Brasil*, indicando a existência de deveres aos juízes e tribunais em obedecer às disposições, “Nesse contexto, entende a Procuradoria-Geral da República que as violações descritas na inicial e comprovadas nos autos significam violação grave aos preceitos fundamentais dos arts. 1º, III, e 4o, I, da Constituição de 1988.” (BRASIL, 2014, p. 49). Para solução da incompatibilidade entre as decisões do STF, na ADPF 153/DF, e da Corte IDH, o Procurador-Geral indicou a realização de diálogo com os atos internacionais, bem como a compatibilidade com os

princípios fundamentais do Estado democrático de Direito. Para tanto, utilizou-se dos ensinamentos do Professor André Ramos.

Destarte, referenciando o posicionamento explicitado do direito internacional sobre graves violações apontou os delitos perpetrados pelos agentes durante o regime ditatorial como imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, haja vista o caráter *jus cogens* e gravidade aos direitos humanos. Concernente aos crimes de sequestro forçado, expressou que o caráter permanente tem o condão de afastar a extinção de punibilidade e responsabilização – concedida pela lei de anistia. Nada obstante, indicou o avanço quanto à temática na Extradução nº 1.150/Argentina, no qual o STF apontou o sequestro como caráter continuado, o que afastaria a prescrição penal.

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND VS. BRASIL. (BRASIL, 2014, p. 81)

Por derradeiro, defendeu o conhecimento da ação, e o respectivo julgamento procedente para que seja afastado qualquer interpretação de extinção de punibilidade aos agentes de graves violações aos delitos abordados pela Lei nº 6.683/1979. No demais, opinou pela necessidade de o Estado brasileiro amoldar o posicionamento interno, isto é, os efeitos da Lei de anistia, à decisão do Tribunal Interamericana, aos atos internacionais, e especificadamente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Prosseguindo, em 12 de setembro de 2019, a Procuradora-Geral da República à época, Raquel Elias Ferreira Dodge, apresentou o Parecer nº 247/2019 – SDHDC/PGR. Nesta feita, além de ratificar a posição do Ministério Público Federal (MPF), no parecer retromencionado; requereu prioridade na tramitação e o julgamento do feito, tendo em vista a relevância da temática debatida, e o quadro de urgência a exigir o exame jurídico. Segundo a PGR, a situação é imperiosa pela continuidade de violações aos preceitos constitucionais (artigos 1º, III; 4º, II; 5º, §§1º e 2º), restringido a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, e agravando a situação de impunidade aos agentes que praticaram graves delitos (lesa-humanidade), os quais gozam dos efeitos da lei de anistia.

Até o momento, a arguição de preceito fundamental nº 320 não foi examinada pelo plenário, permanecendo a pendência da República Federativa do Brasil perante a Convenção e a Corte IDH; ofendendo, assim, a sua posição na esfera internacional, visto o dever assumido em garantir a efetividade aos direitos e resguardá-lo contra atos inválidos no direito interno.

3 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A LEI DE ANISTIA

Despreendendo-se do ordenamento interno, observa-se uma evolução protetiva no direito universal sobre os direitos humanos, principalmente, a efetividade concedida aos preceitos descritos nos tratados internacionais que visam garantir e resguardar esses direitos. Em busca dessa finalidade, ocasionou-se a consagração de acordos e convenções entres Estados, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1966), a Convenção de Viena (1969), a Convenção americana sobre direitos humanos (1969), a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), o Estatuto de Roma (1998) e outros mais.

Para este trabalho, vamos deter-se precipuamente à Convenção Americana sobre direitos humanos, no qual o Brasil é signatário. Essa Convenção, denominada também, Pacto de San José da Costa Rica, consistiu em tratado consolidado por países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 1969, durante a conferência especializada Interamericana de Direitos Humanos realizada na cidade de San José, Costa Rica, os países firmaram o acordo sob prisma de proteção dos Direitos Humanos nas Américas (entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978). Tão logo, apresenta-se, uma Comissão responsável por analisar graves casos de ilícitos aos tratados e direitos internacionais, como também, uma Suprema Corte de Direitos humanos, a Corte interamericana de Direitos humanos (Corte IDH), com sede em San José da Costa Rica.

Com relação a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esta constitui órgão da Organização dos Estados Americanos, tendo em sua estrutura de composição, sete membros, com autoridade moral e manifesto saber em assunto de direitos humanos. A Comissão possui competência para avaliar pedidos (petições) sob alegação de violações aos direitos humanos, podendo a iniciativa ocorrer de ofício, quando constatado claramente ofensa a Convenção. Neste procedimento, a analisa versa tanto sobre os requisitos de admissibilidade da demanda, como o mérito do pleito.

A Corte Interamericana se apresenta como órgão autônomo na esfera internacional, possuindo a função jurisdicional e consultiva, para esta, manifesta-se através dos pareceres. A

sua composição apresenta sete juízes, escolhidos pelos Estados participantes da Convenção. No aspecto contencioso, buscar decidir os casos envolvendo violações aos Direitos Humanos e o descumprimento das normas internacionais que preveem direitos e garantias, a exemplo da Convenção Americana de direitos humanos. Informa-se que a República Federativa do Brasil depositou a carta de adesão a essa Convenção em 25 de setembro de 1992, entrando em vigor somente 6 de novembro de 1992, por meio do decreto nº 678. Sendo reconhecido a jurisdição da Corte em 10 de dezembro de 1998. Apesar da natureza da decisão da Corte IDH, essa possui o caráter de observância obrigatória pelos países partes da Convenção, conforme dispõe o artigo 68.1: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (CONVENÇÃO, 1969). Assim, os Estados precisam dar cumprimento aos pontos decisórios, e solver qualquer omissão a ser vislumbrada. Apesar desse caráter “vinculante”, a Convenção Interamericana deixa enfatizado o dever dos Estados parte em garantir e preservar os direitos humanos, concedendo efetividade a esses no ordenamento interno.

3.1 O caso Gomes Lund vs. Brasil

Preliminarmente, torna-se imperioso repisar que a discussão em torno da Lei de anistia não incidiu somente no plano interno, também figurou objeto de discussão em julgamento internacional. O julgado em questão é o caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil, conhecido como o “Guerrilha do Araguaia”. Antes de prosseguir na descrição dos pontos da ação Internacional (no qual são importantes para este trabalho), cumpre tecer considerações sobre o caso. No dia 07 de agosto de 1995, a seção do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e o grupo *Human Rights Watch/Americas* (representando as vítimas de crimes lesa-humanidade - desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares) apresentaram petição a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil.

A petição tratou do desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante o período de 1972 a 1975, destacando a omissão quanto à investigação por parte do Estado brasileiro nesse episódio. Uma das integrantes, Julia Gomes Lund, e mais vinte e um indivíduos teriam sido mortos durante as intervenções militares na região do Araguaia, localizada no sul do Pará. Posteriormente, por meio de ações judiciais perante a Justiça Federal, os familiares

desses desaparecidos buscaram informações relativo as situações do desaparecimento e morte dos guerrilheiros.

Em 06 de março de 2001, através do seu Relatório nº 33/01, a Comissão Interamericana declarou pela admissibilidade da petição, entendendo que os fatos sendo verdadeiros, configurariam violações aos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana e dos artigos 1 (1), 4, 8, 12, 13 e 25 da Declaração Americana. No dia 31 de outubro de 2008, foi emitido o Relatório de Mérito nº 91/08, apontando arbitrariedade praticada aos membros do grupo revolucionário e seus adeptos. Ademais, concluiu que a Lei n.º 6.683/79 instituíria obstáculo as investigações penais para julgar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados, resultando uma omissão estatal sobre. Enfatizou-se ainda a ausência efetiva de recursos judiciais, aos familiares dos desaparecidos, para obtenção de informação sobre os fatos.

Consoante o relatório, foram colocados setes pontos recomendatórios ao Brasil. Inicialmente, aconselhou-se a avaliação das disposições da Lei de Anistia para evitar um percalço referente a persecução penal das violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade. Dispôs sobre a adoção de medidas para garantir a investigação dos agentes e a respectiva responsabilização penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, sendo que o Estado Brasileiro deveria considerar os mencionados crimes como imprescritíveis e insuscetíveis de anistia.

Após a coleta de informações, o governo deveria divulgar os apontamentos alistados com as operações militares na região do Araguaia. Efetuar procura das vítimas, e sepultura, dos desaparecidas cujos restos mortais estavam desconhecidos ou não foram identificados. Indenizar os familiares das vítimas e reconhecer a responsabilidade estatal; bem como, fornecer tratamento físico e psicológico a esses. Desprender esforços relacionado aos atos com intuito de evitar a repetição dos delitos praticados durante. Introduzir programas educacionais voltados aos direitos humanos e os instrumentos de combate aos crimes lesa-humanidade nas Forças Armadas brasileira, e incentivar treinamentos curriculares tratando sobre tais temáticas. Por último, tipificar no ordenamento brasileiro o crime de desaparecimento forçado.

Segundo a Comissão (2008), em 26 de janeiro de 2009, esta recebeu comunicado do governo brasileiro, requerendo a prorrogação de trinta dias para apresentar seus apontamentos sobre as sugestões expressa no Relatório de Mérito - o pedido de prorrogação foi deferido em 12 de fevereiro de 2009. Nada obstante, houve novo pedido de prorrogação adicional de cinco dias, em 13 de março de 2009, sendo esse procedente. Apesar do governo do Brasil oferecer

Relatório, em 24 de março de 2009, declarando cumprimento parcial das recomendações e solicitando nova prorrogação adicional; a Comissão Interamericana considerou a implementação insatisfatória frente as indicações posta no Relatório nº 91/08, logo então, decidiu-se submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana.

3.2 A sentença da CIDH no caso Gomes Lund vs. Brasil

Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana ajuizou ação perante a Corte em harmonia com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana. A inicial requeria apuração dos atos de violência praticados contra vítimas desaparecidas na região do Araguaia, alegando haver ocorrido violações aos direitos humanos protegidos por diversos tratados e convenções.

Resumidamente, requereram que a Lei de Anistia não represente mais obstáculo a persecução penal de violações que constituam crimes contra a humanidade, determinar a responsabilização penal, com investigação judicial publicidade dos resultados, levando em consideração que tais crimes são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis. Admitido em 6 de março de 2001, o relatório de mérito foi emitido pela Comissão em 31 de outubro de 2008, contendo recomendações que o Estado brasileiro deveria cumprir.

A demanda contra o Estado brasileiro foi iniciada em virtude da responsabilização do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região pelos atos cometidos durante operação do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 para erradicar a Guerrilha do Araguaia. No dia 24 de novembro de 2010, a Corte proferiu Sentença sobre o caso. Nada obstante, pontuou-se a condenação do Brasil pelo desaparecimento forçado e violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; como também ante o descumprimento da obrigação de ajuste do direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos frente as graves violações de direitos humanos, visto que a interpretação e aplicação concedida à Lei de Anistia.

Ademais, no bojo da decisão, determinou-se ao Estado brasileiro: (1) proceder na investigação dos fatos e a respectiva responsabilização dos agentes envolvidos em tais delitos; (2) a realização de esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, sendo possível, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; (3) disponibilizar tratamento

médico e psicológico as vítimas, e pagar indenização se for o caso; (4) realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença. (4) Realizar ação pública, reconhecendo a sua responsabilidade internacional a despeito dos fatos do presente caso; (5) Promover cursos de capacitação e implementar programas sobre direitos humanos, direcionado as Forças Armadas Brasileira; (6) Adotar medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em consonância com os parâmetros interamericanos apresentados, enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. (7) Dar continuidade às buscas e sistematizar as informações sobre a Guerrilha do Araguaia, bem como apresentar notícia atinente as violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso aos documentos; (8) Indenizar tendo como base as quantias fixadas na Sentença, por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos da decisão.

Por fim, destacou-se a supervisão da Corte referente ao cumprimento integral da Sentença, verificando o cumprimento das medidas determinadas ao Estado brasileiro. Extraindo tais ilações decisórias, é mister realçar pontos vinculados pelo Tribunal, que se mostram essenciais para o trabalho, no que tange: natureza dos delitos envolvendo desaparecimento forçado e sua continuidade; dever de investigar e punir as violações de direitos humanos com o Direito Internacional; leis de anistias; dever do estado brasileiro perante o Direito Internacional.

3.2.1 Natureza dos delitos envolvendo desaparecimento forçado e sua continuidade

Quanto aos delitos concernente ao desaparecimento forçado e execução, a Corte frisou a existência de jurisprudência Internacional sopesando o caráter continuado ou permanente de tal delito. Para tanto, o desaparecimento se caracteriza pela privação da liberdade da pessoa e a imediata carência de informação sobre seu destino, conservando esse “status”, até o desconhecimento do seu paradeiro. Dessa forma, a Corte considerou o sobredito fato como transgressão múltipla de direitos protegidos pela: Convenção Americana e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, conforme enfatizado no caso *Anzualdo castro vs. Perú*. (Corte IDH, parágrafo 59 da Sentença *Anzualdo castro vs. Perú*, 2009)

Além do mais, ratificou-se que a gravidade dos delitos e a natureza de tais violações aos direitos humanos provocou a proibição de caráter *jus cogens*, conforme citado no Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay.

Em suma, o Tribunal considera que, como se pode inferir do preâmbulo da Convenção Interamericana, dada a particular gravidade destes crimes e a natureza dos direitos lesados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o dever correlativo de as investigar e punir os responsáveis por elas atingiram o estatuto de *jus cogens*. (CORTE IDH, parágrafo 84 da Sentença Goiburú y otros vs. Paraguay, 2006, tradução nossa)

Ficou bem vincado que o delito de desaparecimento forçado, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, apresentam caráter permanente, com efeitos pluriofensivos aos direitos preconizados na Convenção Americana. Dessa forma, o estado teria o dever de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana.

Finalmente, o Tribunal analisando os fatos e as questões probatórias envolvendo o caso, entendeu pela incontroversa das questões probatórias relativo ao desaparecimento dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, e a responsabilidade estatal pelo evento; visto como, o Brasil reconheceu sua responsabilidade pelas práticas ilegais, por meio da Lei n.º 9.140/95 e do Relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Destarte, declarou o estado brasileiro responsável pelo ato ilícito já mencionado, como também pela violação aos direitos humanos.

3.2.2 Dever de investigar e punir as violações de direitos humanos com o direito internacional

Relembrando o posicionamento no Caso Velásquez Rodríguez (Sentença Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988), o Tribunal reforçou o dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos, mormente, o caráter *jus cogens* ante a seriedade dos crimes cometidos e os direitos ofendidos. Na ocasião de omissão do Estado perante a obrigação de prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção; deve ser reconhecido o descumprimento das garantias e direitos às pessoas sujeitas a sua jurisdição.

Seguindo a explanação, indicou os pronunciamentos de organizações internacionais sobre a temática. Destacou a posição do Comitê contra a Tortura das Nações Unidas,

entendendo pela investigação imediata do Estado diante de suspeita de ações de tortura. Em sentido semelhante, trouxe a questão da Corte Europeia de Direitos Humanos, que sopesou, em casos de violações do direito à vida e a liberdade, a incumbência do Estado proceder com investigações efetivas à identificação e penalidade dos responsáveis, além de fornecer amparo indenizatório. Nesse mesmo sentido apontou a disposição da Comissão africana sobre Direitos Humanos, pela impunidade governamental, quando não se adota medidas precisas na instauração e responsabilização dos infratores de delitos aos direitos fundamentais.

O fato da Corte Interamericana, na decisão *Gomes Lund. Vs. Brasil*, trazer entendimento de outros Tribunais e organizações internacionais, buscou-se indicar a uniformização quanto à atribuição estatal de investigar os atos violadores de direitos à liberdade, integridade. Dessa forma, essa obrigação nasce em observância as normas internacionais de direitos humanos e o compromisso assumido pelos países no combate aos atos contrários à dignidade humana.

3.2.3 As leis de anistia

A despeito das Leis de anistia, a Corte Interamericana já havia assentado a incongruência das referidas legislações com a Convenção Americana referente aos eventos de graves violações de direitos, conforme verificado nos casos: *Barrios Altos vs. Peru*; *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*; *La Cantuta*.

Além disso, esclarece-se que a Comissão Interamericana apresentava pronunciamentos em casos anteriores a *Guerrilha do Araguaia* sobre a incompatibilidade das anistias frente ao Direito Internacional de direitos humanos, recaindo os fatos de violações de direitos envolvendo os seguintes países: Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai. Nos posicionamentos da CIDH, estava posto o compromisso firmado em Viena em 1993, na sua Declaração e Programa de Ação, que os Estados deveriam impedir a vigência de legislação que beneficiassem a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, bem como, a limitar as ações estatais para investigação.

No caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH reforçou a consolidação de entendimento sobre as anistias, revisitando a posição do Comitê de Direitos Humanos a respeito do Caso *Hugo Rodríguez vs. Uruguai*, aclarou a impossibilidade do Estado se omitir nas investigações e a respectiva punição aos agentes que violaram direitos humanos, cometidas em situação anterior, baseando-se em normas de anistia. Deste modo, no caso *Gelman*, reiterou-se a

concepção antagônica das legislações de anistias com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na medida que essas leis favorece a situação de impenitência, e afronta sistema democrático de direito. (CORTE IDH, parágrafo 227 da Sentença Gelman vs. Uruguai, 2011)

Semelhantemente, destacando a posição firmada no Direito penal Internacional, pontuaram-se as anistias como intolerável, tal como o julgado pelo Tribunal penal contra a antiga Iugoslávia (concluiu ser inconcebível adotar sentido normativo para impedir a responsabilização de graves abusos). Seguindo essa linha, o Tribunal Interamericano realçou a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos, sopesando que para a concessão de efetividade dos recursos nos processos para punir atos violadores de direitos, seria preciso considerar a imprescritibilidade, e a não anistia de tais delitos (CORTE IDH, parágrafo 161 da Sentença Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010).

Posto isto, a Corte manifestou ser inconcebível a aplicação de anistia, dado que: provoca a irresponsabilidade de agentes pelo aspecto temporal; obsta a responsabilização de tais agentes violadores de direitos humanos; concebe a ideia de prescritibilidade a delitos de caráter *jus cogens*, e afronta as normas internacionais sobre direitos humanos, especificamente, a convenção americana sobre direitos humanos (Brasil é signatário) e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

Para o Tribunal interamericano, a interpretação concebida pela Suprema Corte brasileira à Lei n.º 6.683/79 configurou óbice ao processo de investigação e responsabilização frente aos atos ilícitos, de caráter contínuo e permanente, praticados durante o regime militar adotado no Brasil; além de manter a situação de desconhecimento de informações sobre o paradeiro das vítimas e seus corpos, causando danos aos familiares. Tal fato resulta em descumprimento pelo Estado brasileiro às disposições da Convenção Americana, nomeadamente, ao dever de investigar, punir, garantir proteção judicial e acesso à informação. Assim, não houve adequação do direito interno às ordenações da Convenção, segundo estatuído no artigo 2 do acordo:

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.

Na sentença, sobreleva-se que a alegação de “acordo-político”, é irrelevante, haja vista a afronta ao compromisso em combater e sancionar delitos graves contra a dignidade humana

(consagrados no direito internacional), não sendo restrito ao conceito de autoanistia. Implica-se assim, um confronto ao aspecto material. Sendo assim, para a Corte o encargo a respeito das obrigações internacionais possui caráter voluntário, tendo em vista o princípio *do pacta sunt servanda*, que respalda o compromisso de observar e efetivar o direito internacional a jurisdição interna. Em outros termos, quando um Estado adere a um tratado ou convenção internacional, a sua jurisdição interna se vincula as essas normas; tornando todos os órgãos, até mesmo todo o Judiciário submetidos ao compromisso de garantir aplicação aos efeitos da Convenção.

À vista disso, o poder judicial brasileiro se encontra no papel de impedir cláusulas legais que violem as disposições dos acordos internacionais sobre direitos humanos, visualizando-se na Lei de anistia. No caso em questão (Gomes Lund e outros vs. Brasil), recomendou-se o exercício do controle de convencionalidade, entre os preceitos internos e a Convenção Americana, levando-se em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana (CORTE IDH, parágrafo 177 da Sentença Gomes Lund e outros vs. Brasil. 2010). Assim sendo, os efeitos produzidos pela Lei n.º 6.683/79 destoam do compromisso assumido pela República Federativa do Brasil e violam os direitos à integridade, vida, informação — todos consagrados pelo direito internacional.

3.2.4 A jurisdição da Corte IDH

No que tange a sua competência, a Corte elucidou que: deve-se analisar a data de aceitação da jurisdição pela parte; e os termos fundamentaram o reconhecimento e o princípio de irretroatividade (artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969). Ante o exposto, se os fatos declarados são antecedentes a data que o estado contratante aderiu ao tratado, a jurisdição da Corte não se aplica, ainda que implique uma responsabilidade internacional a parte estatal.

[...] Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento. (CORTE IDH, Parágrafo 14 da Sentença Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010)

Não obstante, seguindo pronunciamentos do sobredito órgão, se os fatos imputados envolverem delitos de caráter contínuo ou permanente (cujos efeitos persistem durante todo o tempo em que não se conheça o paradeiro ou tenha resultado) impera-se a competência

internacional. A respeito da matéria, observam-se os pronunciamentos do sobredito órgão nos casos: *Blake vs. Guatemala*; *Massacre Las Dos Erros vs. Guatemala*; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia* *Caso Radilla Pacheco versus México*.

Dessarte, ponderando a alusão supracitada, e a adesão à jurisdição da Corte Interamericana no dia 10 de dezembro de 1998; assentou-se na sentença a competência deste Tribunal para avaliar as questões fáticas concernente aos desaparecimentos forçados das vítimas na região do Araguaia, já que os atos ilícitos se caracterizam contínuos ou permanentes. Frisou-se na decisão que não constituiu objetivo de a Corte analisar fatos anteriores a data de adesão, reconhecendo-se a falta de competência contenciosa. Todavia, como se buscou verificar a responsabilidade dos atos que perduram durante o tempo (preservando a violação de direitos) entendeu-se pelo descumprimento do Brasil no plano internacional.

4 TRANSCONSTITUCIONALISMO

Considerando os efeitos da globalização e as transformações estruturais que bailam a sociedade contemporânea, surgiu-se uma tensão entre objetos nas diversas ordens existentes (jurídicas, econômicas, políticas, culturais), influenciando, também, o direito, que deixou de ser discutido somente na ordem estatal. Em consequência dessa aproximação entre ordens, os problemas deixaram de ser restritos aos Estados e passaram a ser debatidos em outras organizações.

É nesse passo que o Professor Marcelo Neves discute o fenômeno do transconstitucionalismo. Desde logo, para ele (NEVES, 2009), o transconstitucionalismo consiste em um entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas versando simultaneamente sobre objetos problemas de natureza constitucional, podendo tais ordens, serem estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais. Desse modo, debates sobre direitos fundamentais e limitação de poderes ocorrem em simultâneo, pela ordem jurídica, como em outras ordens diversas. Cabe complementar que esse entrelace, reside numa conversação do direito, estabelecendo pontes de transição que propõem um aprendizado mútuo entre os envolvidos.

Esse modelo de diálogo baseado na compreensão recíproca difere-se do transjuridicismo (como notado na relação entre ordens jurídicas no pluralismo medieval), sendo averso ao internacionalismo, supranacionalismo, transnacionalismo e o estatal, como esferas

privilegiadas para sanar problemas constitucionais. Segundo o autor (NEVEZ, 2009), as pontes de transição se tornam essenciais, tendo em vista que os problemas que eram precisos a uma ordem jurídica foram modificados com o desenvolvimento e a afloração de casos jurídicos que transcenderam o território local para diversas ordens, por exemplo, as violações de direitos humanos, lesão ao meio ambiente, ato ilícito transnacional, finanças passaram a ser discutidas em diversos níveis e de forma concomitante em outros Estados. No que pese, essas pontes não se caracterizaram de forma permanente e estática, mas erguidas na esfera dinâmica do transconstitucionalismo. No comentário de George Marmelstein (2010), a proposta do transconstitucionalismo funda-se na procura em introduzir o convívio nos diversos aspectos perante a existência contemporânea de um sistema plural. Numa vertente jurídica, esse fenômeno propõe interação entre as diversas ordens jurídicas com a finalidade de obter aprendizado e solucionar dilemas de modo síncrono.

Cabe esclarecer que a posição defendida por Neves não se assemelha a determinação colocada pela Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, que estabeleceu a realização de Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário, com intuito de sanar a incompatibilidade entre as normas internas e a Convenção Americana. O transconstitucionalismo se diferencia dos modelos de convergência e resistência, afastando-se da relação de subordinação entre ordens jurídicas, até mesmo da ideia de um órgão absoluto e superior que estabeleça regras na resolução dos conflitos jurídico-constitucionais. A finalidade do diálogo consiste na utilização de “conversações” constitucionais entre diversos ordenamentos, de maneira que inexistente a prevalência de uma ordem sobre a outra. Por isso, o método de aplicação não se inicia de uma ordem jurídica, e sim do problema constitucional.

Na perspectiva do Tribunal Interamericano, não foi desempenhado o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro, descumprindo, assim, as obrigações internacionais procedidas da Convenção Americana. Além disso, pontuou o dever dos Estados partes em dá cumprimento as obrigações convencionais internacionais, visto que vinculam todos os poderes e órgãos dos países signatários. Portanto, cabe ao Brasil realizar um Controle de Convencionalidade Interno.

A ideia aqui defendida considera a ausência de subordinação hierárquica entre os órgãos internacionais e internos, e busca estimular a conversação entre as Cortes em prol dos direitos humanos, evitando a imposição de entendimento. Tal proposta tem como fito evitar o conflito de resistência nacional e a imposição convergente; isto é, procura apresentar uma solução que não reside simplesmente na obrigatoriedade de replicar entendimento internacional

no plano interno, nem afastar posição de ordem internacional sob argumento de soberania nacional.

Conforme pontua André Ramos (2019) a Suprema Corte brasileira coube a competência de ser o guardião da Constituição, em contrapartida, a Corte IDH ficou responsável por proteger a Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Desse modo, a solução a ser posta deve convergir para a garantia dos direitos humanos, respeitando o crivo jurídicos emanado pelas ordens jurídicas; e neste ponto, o presente trabalho estuda o transconstitucionalismo como meio a resolução do litígio constitucional.

Por Consequente, o transconstitucionalismo procurar transpassar a ideia fixada pelo monismo e o pluralismo, entendendo que a multiplicidade de ordens jurídicas aponta para um elo complementar entre identidade e alteridade. Tais ordens, quando envolvidas na procura da resposta aos problemas constitucionais, reformam a sua identidade através do “entrelaçamento transconstitucional” com a outras ordens. O aspecto aventado indica a identidade como rearticulada a partir da alteridade; assim os embates dos dilemas jurídicos sobrevêm com a contemplação mútua entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Assim, a conversação funciona a racionalidade transversal de ordens jurídicas diversas:

O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal ente ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico hierárquico da sociedade mundial. (NEVES, 2009, p. 131)

O referido jurista (Neves, 2009), reforçando a sua tese, recorre ao “ponto cego”, para elucidar que a conversação constitucional é indispensável para solução dos dilemas normativos da sociedade. Tal perspectiva sugere que todo o observador tem uma limitação no alcance de sua visão, e para poder enxergar, precisa-se de outro para apontar. Desta forma, logo há uma entrelace entre pessoas diversas. Essa forma metódica é para demonstrar a importância da relação no Direito, visto que a conversação constitucional é fundamental para a deslinde de questões conflitantes, pois, no embate, um consegue perceber o que o outro não vê, a identidade é rearticulada a partir da alteridade.

Prosseguindo, diante das perturbações que transcendem a jurisdição local, Marcelo Neves (2009) destaca a incapacidade das ordens estatais, transnacionais, internacionais, de

forma isolada, conceder conclusões adequadas o deslinde de questões conflitantes “A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado.” (NEVES, 2014, p. 226). Demais, caso contrário o Estado se mostre fechado às outras ordens jurídicas, o resultado tende a ser uma autodestruição na sua própria estrutura “A alternativa absoluta “convergência ou resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas.” (NEVES, 2014, p. 207).

Não obstante, para a implantação desse “fenômeno”, necessita-se que os entes estatais apresentem em seu ordenamento estrutural, parâmetros, princípios e regras de organização referente a constitucionalização. Em suma, verificou-se a necessidade de estabelecer um diálogo entre as diversas ordens jurídicas, buscando uma consonância entre os ordenamentos, visto como os problemas jurídicos figuraram em ordens jurídicas distintas, que as soluções (isoladamente) para esses pontos, muitas vezes, são conflitantes. Desta maneira, assentou-se uma abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transcendência territorial dos problemas jurídicos-constitucionais.

4.1 O transconstitucionalismo e o Direito Internacional

Nesse conceito explanado, identificando-se questões jurídicas que perpassam o direito interno e atinge o direito internacional e estrangeiro, abarcando mais de uma Corte, vislumbra-se a necessidade de diálogo. Esses conflitos não são solucionados, em vista da ausência de normas resolutivas, ou ainda que existam, persiste pela incompatibilidade de decisões sobre o mesmo caso. Em outros termos, um problema debatido por um tribunal estatal no direito interno pode ser também questionado no direito internacional, sendo que as resoluções expostas para o ponto se tornam incompatíveis; e mesmo que existam tratados que buscam a uniformização, eles não impedem a controvérsia.

Para Neves (2009), não se trata de admitir uma relação hierárquica entre as ordens, e sim, de um entrelaçamento. A leitura para tais situações não devem partir do internacionalismo e nacionalismo, os quais poderão causar ações destrutivas para aplicação dos direitos humanos e fundamentais. A dificuldade é majorada quando o direito local se depara com objeto de caráter *jus cogens*, necessitando de observar os preceitos internacionais.

A ideia aqui defendida considera a ausência de subordinação hierárquica entre os órgãos internacionais e internos, e busca estimular a conversação entre as Cortes em prol dos direitos humanos, evitando a imposição de entendimento. Tal proposta procura apresentar uma solução que não reside simplesmente na obrigatoriedade de replicar entendimento internacional no plano interno, nem afastar posição de ordem internacional sob argumento de soberania nacional.

Nesse toar, os problemas envolvendo direitos humanos, preconizados enfaticamente pelo direito internacional, tornou-se frequentemente debatido, sobretudo considerando decisões conflitantes entre as normas de direito internacional e o direito estatal; por exemplo, o entendimento sobre a Lei de anistia pelo STF, na ADPF n.º 153, e a Corte IDH, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*. Sobre tal perspectiva, cita-se no livro as relações de diálogo realizados entre o Tribunal Europeu de Direitos humanos – TEDH e os Estados europeus, existentes, especificamente, o entrelace com o Tribunal Constitucional da Áustria. Nesse ínterim, o autor (NEVES, 2009) aponta para a situação de transconstitucionalismo presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os Estados signatários do tratado. Deste ponto, verifica-se que não se trata de determinação normativa, e sim um diálogo exercido pelas ordens jurídicas, em que se dispõem a aplicar questões de direitos fundamentais. Esse liame estaria presente devido à inquietação em garantir os direitos humanos nos ordenamentos nacionais.

Para enaltecer esse apontamento, o autor salienta a problemática versando sobre a prisão civil do depositário infiel, que o Brasil prevê no inciso LXVII, do artigo 5.º da Constituição de 1988, a possibilidade da prisão. Do outro lado, a Convenção proibiu. Apesar da altercação sobre a posição dos tratados de direitos internacionais no direito interno, preponderou-se no final a formação de uma racionalidade transversal, resultando que a resposta para o problema ter sido adequada e tolerável para as referidas cortes. Nesse caso, ressaltou a preocupação da Suprema Corte brasileira em preservar um diálogo constitucional. (NEVES, 2009)

É preciso trazer a lume que o posicionamento sobre a supralegalidade não é unânime. Para Emanuel de Melo e Ulisses Levy (2018), a partir do conceito de direito positivista, o texto constitucional de 1988 não aponta um status de supralegalidade dos tratados de direitos humanos; a tese apresentada no RE 466.343/SP alça no ativismo judicial. Portanto, não tem como chegar na conclusão desse atributo aos tratados de direitos humanos, visto como inexistente previsão normativa na CRFB 88, ainda mais sobre o efeito “paralisante” desses acordos internacionais.

No que tange aos problemas alusivos à direitos fundamentais ou direitos humanos, Marcelo Neves (2009) indica o desenvolvimento do transconstitucionalismo pluridimensional, na medida que os conflitos constitucionais transcorrem simultaneamente nas ordens jurídicas distintas, relacionando-se um sistema jurídico mundial. Esse modelo, ao mesmo tempo, que perpassam diversas ordens jurídicas, estimulam, cooperação e colisões (ratifica-se que modelo não é a proposta exatamente apontada pela Convenção).

Especificamente, o debate jurídico sobre direitos humanos sobressaiu do âmbito da ordem estatal e alcançou as múltiplas ordens jurídicas (ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais). As discussões se afloram em razão das análises e interpretações díspares sobre o objeto, provocando multiplicidade conflituosa nas consolidações das normas. Realizar uma leitura isoladamente, implica na incompatibilidade dos diferentes tipos de direitos humanos.

Tem-se acentuado na esfera internacional a busca pela efetividade desses direitos nos ordenamentos locais; contudo, vislumbra-se resistência na aplicação da garantia na jurisdição interna dos Estados. Segundo André Ramos (2020), os direitos humanos são garantias assecuratórias relativa à dignidade do indivíduo na sociedade, sugerindo condições existência para uma vida digna. Com esse pensar garantista, Válerio Mazzuoli, aduz que, “São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional.” (MAZZUOLI, 2019, p. 26)

Assim sendo, o modelo de entrelaçamento transversal, caracterizado por pontos de transição nas ordens jurídicas envolvidas, tem sido frequentemente utilizado na prolação de Cortes Estrangeiras e nacionais. Esse liame visa fornecer um aprendizado baseado nas experiências das ordens jurídicas interessadas. Essa comunicação interessa aos envolvidos, porquanto conseguem encontrar pontos adequadas e até então, não vistos, para resolução dos conflitos. Nesse diapasão, esse modelo se diferencia da postura de convergência entre o direito interno e o internacional (estrangeiro), em função do intercambio que proporciona lado positivo, os choques aludidos a existência da ordem jurídica, não buscará anulação entre da outra, tampouco alegação de supremacia. É nessa interlocução constitucional que os Estados conseguem encontrar posições harmônicas para os problemas que perpassam as órbitas locais e alçam no campo internacional. Nesta visão, os argumentos utilizados pelos Tribunais internacionais têm o condão de persuadir e demonstrar o ponto cego sobre as questões

debatidas, não se apresentando no caráter impositivo, isto é, o Estados nacionais replicar o posicionamento exarado internacionalmente.

4.2 Diálogo transconstitucionalista no SIDH

O fenômeno do transconstitucionalismo, conforme explanado anteriormente, sugere uma relação transversal entre as diversas ordens jurídicas na pretensão de solucionar questões constitucionais simultaneamente salutarens nas suas esferas, seja sobre direitos fundamentais ou direitos humanos. Desse modo, essa dialética pressupõe a ordens envolvidas a observar os seus próprios limites, e encontrar modos de contribuir.

A proposição defendida por Marcelo Neves para um transconstitucionalismo pluridimensional (modelo envolvendo problemas de direitos humanos), encontra-se presente no Sistema Interamericano de Direitos humanos. Julia Dambrós Marçal e Riva Sobrado de Freitas (2013) apontam a presença de diálogo transconstitucionalista no Sistema Interamericano de Direitos humanos, demonstrando que os Estados partes se despontam “abertos” ao entrelace de aprendizado e contribuição com outras ordens jurídicas, aprimorando a autocompreensão de seu sistema, por meio do “diálogo e da alteridade”. Nesse pórtico, a partir da análise jurisprudencial sobre objeto comumente discutido nas ordens jurídicas, identificou-se o aumento na “conversão constitucional” entres os Estados partes do SIDH.

Esse modelo de conversação se intensifica com a busca pela efetivação dos direitos humanos, encontrando no aprendizado mútuo o meio adequado que não agrida a soberania ou a ordem constitucional local, deste modo, preceitua-se que “[...] o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial” (NEVES, 2014, p. 208)

A aproximação do direito interno e o direito internacional sobre direitos humanos afluou a necessidade de as ordens locais observarem as normas e tratados internacionais sobre direitos humanos. Infere-se que o diálogo democrático entre os sistemas jurídicos pode elucidar questões problemáticas, que sobressai do âmbito interno. Isto posto, os acordos e tratados podem ser vistos como um caminho de entrelaçamento e cooperação dentro de um sistema regional e mundial para os países. Por esse seguimento, ensinam Lucas Gonçalves e Ana Paula Souza (2019, p. 109) “Destarte, quando um país soberano ratifica, de forma integral e

voluntária, uma convenção ou tratado internacional, significa, em síntese, um reflexo de um sistema transconstitucional, um verdadeiro diálogo entre as ordens jurídicas.”

Mazzuoli (2019), comentando sobre a necessidade de uma interpretação mais favorável ao ser humano no que tange aos tratados de direitos humanos (princípio *pro homine*), destaca que os tratados hodiernos referente aos direitos humanos fornecem em sua estrutura “cláusulas de diálogo”, produzindo uma comunicação entre a ordem interna e a internacional, com a finalidade de resguardar prioritariamente o indivíduo; citou como exemplo, a cláusula estatuída no artigo 29, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *in verbis*:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)

- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

Julia Dambrós Marçal e Riva Sobrado de Freitas (2013) indicam a presença de diálogo transconstitucionalista pela SIDH com os sistemas constitucionais das partes integrantes, mencionando o caso “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Na resolução do fato, a Corte Interamericana utilizou a interpretação, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, na sentença T-129/11, parágrafo 5.1, aclarando o dever estatal em consultar previamente as comunidades étnicas, buscando chegar a um ponto médio de diálogo intercultural, para que os povos possam exercer seu direito à autonomia de seus próprios planos de vida frente aos modelos baseados na economia de mercado ou similares. Similarmente, aconteceu no caso “Gelman vs. Uruguay”, julgado em fevereiro de 2010. Nesse a Corte IDH valeu-se da decisão emitida pela Corte Suprema de Justiça da Argentina no caso Simón (aduziu sem efeitos as leis de anistia, pois constituíam um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações a direitos humanos).

Ademais, para as autoras (MARÇAL; FREITAS, 2013), os próprios estados partes atentam para os posicionamentos do Tribunal Interamericano, e utiliza-os para decidir dilemas importantes, como no julgado sobre a anistia pela Suprema Corte de Justiça da Argentina, o qual declarou a invalidade de tais leis que impediam a punibilidade das violações a direitos humanos durante a ditadura no país. Na sentença reconheceu-se a jurisprudência da Corte IDH como imprescindível para interpretar os deveres ou obrigações derivadas da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos. Do mesmo modo, agiu o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e o Estado chileno.

Portanto, apesar da resistência nacional e as especificadas dada pelos ordenamentos locais frente aos tratados e ao direito internacional, pode-se indicar o SIDH com um ambiente aberto ao modelo transconstitucionalista, que muitas vezes a conversação consegue pôr fim aos conflitos locais e evitar até mesmo responsabilidades internacionais. Os tratados e os acordos não podem ser vistos somente como normas impositivas, e sim, estruturação a fomentar o entrelaçamento entre as ordens.

No julgamento sobre a obrigatoriedade de diploma para o exercício da profissão de jornalismo (Recurso Extraordinário n.º 511.961/SP), o STF valeu-se do entendimento da Corte Interamericana de direitos humanos, previsto no acordão. O Tribunal, por maioria, e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, conheceu e deu provimento aos recursos extraordinários.

Apesar da discussão em torno na compatibilidade do decreto-Lei n.º 972 de 1969 com inciso V, do artigo 4.º da Constituição Federal de 1988, no voto do relator, verifica-se a alusão à posição da Corte IDH, mencionado a decisão referente a associação obrigatória de jornalistas (Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985). Em seguida lembrou o posicionamento da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Poder-se acrescentar, ainda, a declaração do Min. Gilmar Mendes no RE 511.961/SP, deixando especificado que o decreto foi elaborado em regime ditatorial e com finalidade duvidosa, asseverando que: “Fica patente, assim, que o referido ato normativo atende a outros valores que não estão mais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito.” (Página: 72/72 STF — RE 511.961/SP — 17/06/2009 TRIBUNAL PLENO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961 SÃO PAULO — VOTO: Min. Gilmar Mendes). Finalizando o seu voto, esclareceu que os referidos atos não passariam pelo crivo no contexto do atual Estado constitucional. Essa explanação é interessante quando comparada no seu voto na ADPF 153.

No caso envolvendo a dialética transconstitucionalista, citado por Marcelo Neves, diz respeito ao caso da prisão do depositário infiel, HC 87.585/TO, aclarado a suprallegalidade dos tratados sobre direitos humanos, posição essa que os coloca acima das normas ordinárias. Para o autor (Neves, 2009), a conversação transversal se constata, tendo em vista a solução suportada nas ordens jurídicas. Rememorando os Recursos Extraordinários julgados em dezembro de

2008, firmou-se que os tratados e convenções de direitos humanos, quando aprovados com base no procedimento previsto no artigo 5.º, § 3.º, da Constituição Federal 1988, possui qualidade de norma constitucional, caso não seja submetido e aprovado ao rito, a posição tratar-se-á de norma supralegal e infraconstitucional, isto é, acima das leis, mas abaixo da Constituição.

Assim, buscando conciliar com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, o reconhecimento da posição infraconstitucional mostrou-se mais adequada para a conciliação. Inferiu-se que a atual ordem constituinte tão-somente admitiu a prisão civil do depositário infiel, deixando ao direito infraconstitucional a competência para deliberar a concessão ou vedação; o tratado internacional apresentaria prioridade sobre a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro), haja vista a prevalência da norma supralegal.

De outro modo, na ocasião de corrente jurídica majoritária, pela compreensão dos acordos ou tratados internacionais ratificados, adquirem o mesmo nível de validade de uma lei ordinária, acarretaria possível conflito permanente entre as Cortes, porquanto, observando o princípio da *lex posterior derogat priori* (“lei posterior revoga a anterior”), o Código Civil brasileiro prevaleceria sobre tratado internacional anterior, em vista a vigência daquele a partir de 01 de janeiro de 2003 — data posterior a ratificação do pacto de San José da Costa. Em síntese, a posição adotada pelo STF demonstrou a importância para resolução do conflito com finto nas pontes de transição, reforçando a efetividade dos atos internacionais no direito interno.

Nesse caminhar, urge salientar a ADPF 347, que tratou sobre o “Estado das Coisas Inconstitucionais”, referenciando a técnica adotada pela Corte Constitucional da Colômbia em sentença relativo a violações aos direitos fundamentais e humanos. No debate realizou-se alusão aos direitos resguardados pela Convenção Americana, bem como; o relator, Ministro Marco Aurélio, aventou como direitos fundados na dignidade humana, acompanhado pelo pleno, como ressalta Bruno Cursino:

O ministro Marco Aurélio, relator da ADPF n. 347, foi claro no julgamento da medida cautelar ao reconhecer que “os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”, no que foi seguido por todos os ministros da Corte. (CURSINO, 2017, p. 113).

Ainda, Cursino percebe a própria ECI como fruto do modelo transconstitucionalista “[...] uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou remédios estruturais (structural remedies) para solucionar problemas sistêmicos de violação de direitos humanos muito antes das decisões da CCC, que foram reconhecidamente inspiradas na jurisprudência norte-

americana.”. (CURSINO, 2017, p. 108). Dessa forma, o autor assinala a abertura ao STF em desenvolver o entrelace (aprendizado recíproco) com outras ordens jurídicas, visto que o objeto-problema (transgressões graves de direitos fundamentais) ultrapassa o âmbito local - sendo discutido concomitantemente no sistema jurídico.

Os referidos julgados analisados pelo STF exemplificam o “entrelaçamento constitucional” realizado pelo Tribunal Excelso com outras ordens jurídicas, sobretudo quando se trata de direitos humanos. Assim sendo, torna-se inegável não somente a abertura, como também os passos da Corte brasileira em observar entendimentos na esfera estrangeira e internacional, chegando a referenciar as posições como precedentes judiciais, e até mesmo *ratio decidendi*.

5 APLICAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO PARA A ADPF 153/DF

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153 além de suscitar alegações de incompatibilidade sob a perspectiva de uma Estado democrático de Direito, ela se apresentou omissa quanto as disposições normativas de direito internacional de direitos humanos e as decisões existentes à época sobre as leis de anistia.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o Guardião da Constituição vinha apresentando um diálogo com o direito estrangeiro e as normas internacionais, em casos contenciosos que repercutiam em outras ordens jurídicas e até mesmo era objeto. Todavia, na ADPF em análise, não se utilizaram no aprendizado recíproco, tampouco observaram o entendimento da Convenção Interamericana e as decisões proferidas pela Corte IDH, no que tange as anistias, as violações aos direitos humanos e a responsabilização de agentes que praticaram graves delitos (resguardados pela norma Internacional). Ainda que o Ministro Eros Grau tenha posto no seu voto a diferenciação dos casos apresentados no Chile, Argentina e Uruguai, esse não se mostrou suficiente para uma observação das normas de direito internacional ou até mesmo afastar argumentos no plano estrangeiro.

Aqui, é preciso recorda que a Corte Interamericana deixou claro a omissão do Estado brasileiro no exame dos efeitos da lei de anistia com as normas de direito internacional sobre direitos humanos, ratificadas no direito interno. A ausência desse Controle acarreta descumprimento de deveres às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e no compromisso assumido no plano internacional. Entretanto, a solução do problema jurídico-

constitucional a ser apontado neste texto não se restringe a obrigatoriedade de implementar a decisão da Corte IDH, em detrimento da decisão do Tribunal Excelso; e sim apresentar solução convergente ante o antagonismo jurídico.

Como bem pontuado por Lucas Gonçalves da Silva e Ana Paula de Jesus Souza (2019), os acordos e tratados internacionais são meios de entrelaçamento e colaboração dentro de um sistema regional e mundial para os países solucionarem problemas constitucionais de direitos humanos e fundamentais. Assim, o compromisso assumido pelo Brasil perante a Convenção Americana de Direitos Humanos revela um caminho de diálogo, dado que busca observar às disposições internacionais para o ordenamento interno.

Por isso, a seguir serão postos os principais pontos que a Corte Interamericana sopesou nos julgados frente à proposta de anistia, entre essas, em 26 de setembro de 2009, a Corte IDH julgou o caso *Almonacid Arellano*. Nesta ocasião reforçou o dever dos Estados partes investigarem e responsabilizarem indivíduos que praticaram graves violações de direitos humanos, assim como garantir aos familiares o direito ao acesso às informações e de ter conhecimento dos corpos das vítimas. A decisão é um marco importante diante do posicionamento solidificado quanto à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, à previsão de crimes contra a humanidade, à violação das leis de autoanistia ao acesso à justiça; e o princípio *pro homine*.

As proposições servem como parâmetros de entrelaçamento a serem utilizados pelo Supremo com o objetivo de solucionar a inconsistência perante a esfera Internacional. O diálogo transconstitucionalista demonstra ao STF observar às disposições da Convenção Americana e aos fundamentos jurídicos para as decisões da Corte IDH com intuito de conceder solução apropriada, evitando a continuidade de responsabilização do Brasil. Portanto, indica-se a dialética transconstitucionalista.

5.1 A Lei de anistia e o dever de investigar crimes graves

Em relação às leis de anistias, a Corte Interamericana já havia disposto sobre a incompatibilidade dessas legislações com as normas de direito internacional de direitos humanos, especificamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, como se constata

nos casos contenciosos: *Barrios Altos vs. Peru; Almonacid Arellano e outros vs. Chile, e La Catuta*.

Apesar da Corte ter posicionamento declarando aos Estados o dever de investigar e punir as violações de direitos humanos, o Caso *Barrios Alto* foi o primeiro a constar posicionamento sobre as leis de autoanistia como um obstáculo ao dever de investigar e punir. Na sentença, pontuou-se que leis de autoanistia acarretam a impunidade dos agentes responsáveis pelos delitos e violam os direitos dos familiares das vítimas, demonstrando-se manifestamente incompatíveis com essencialidade da Convenção Americana. As referidas leis também figuram como óbice à identificação e a respectiva responsabilidade pelas violações de direitos humanos, afrontando o acesso à justiça.

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana. (CORTE IDH, parágrafo 44 da Sentença Caso *Barrios Altos vs. Peru*, 2001)

Nesse aspecto, o Ministro Antônio Augusto Cançado Trindade aclarou em seu voto a ofensa ao direito à verdade e ao direito à justiça provocada pelas autoanistias, sendo conflitantes com as obrigações gerais assumidas pelas partes na Convenção Americana: o respeito e a garantia aos direitos humanos; acesso livre e pleno exercício; adequação do direito interno à normativa internacional. Ressaltou-se que tais legislações afrontam diretamente direitos inderrogáveis, versando no caráter *jus cogens*, portanto, seriam desprovidas de validade jurídica perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sua vigência cria, *per se*, uma situação que afeta de forma continuada direitos inderrogáveis, que pertencem, como já indiquei, ao domínio do *jus cogens*. Configurada pela expedição dessas leis, a responsabilidade internacional do Estado encontra-se vinculada ao dever de fazer cessar tal situação violatória dos direitos fundamentais da pessoa humana (com a imediata derrogação daquelas leis), assim como, se for o caso, de reparar as consequências da situação lesiva criada. (CORTE IDH, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, Parágrafo 11 da Sentença Caso *Barrios Altos vs. Peru*, 2001)

No julgamento do caso *Almonacid Arellano*, lembrando a inconveniência das leis de autoanistias frente ao direito internacional, o Ministro Antônio Augusto Cançado Trindade fez ponderações sobre essas legislações. Para ele, considerando o tipo exclusivo de anistia, a denominada autoanistia, afirmou que “as verdadeiras leis não podem ser arbitrárias,

não possuem nome e sobrenome dos que se consideram estar acima delas. Contam com certo grau de abstração, inevitável na operação do Direito.” (CORTE IDH, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 5 da Sentença *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006). Desse modo, as autoanistias não preenchem os requisitos para verdadeiras leis, diante do caráter pontual e o conflito provocado por essas no ordenamento jurídico.

Além disso, no caso *Barrios Altos*, foi clarificado que o Tribunal Interamericano tomou como norte a conceituação de “lei”, artigo 30 da Convenção, a partir do Parecer Consultivo de 1986, consistindo em “norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, elaborada segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido, por órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos.” (CORTE IDH, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 7 da Sentença *Caso Barrios Altos vs. Peru*, 2001). Nos dois casos, o sobredito Ministro pontou as anistias aos responsáveis por graves violações como insulto ao Estado de Direito em uma sociedade democrática, visto a gravidade perpetrada aos direitos humanos (CORTE IDH, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, Parágrafo 5 e 10 da Sentença *Caso Barrios Altos vs. Peru*, 2001) (CORTE IDH, parágrafo 15 da Sentença *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006).

Neste preceptivo, cumpre transcrever os comentários de Mazzuoli:

A invalidade das leis de autoanistia advém do fato de colidirem com o dever imposto a todos os Estados de investigar, processar, punir e reparar as violações de direitos humanos perpetradas em seu território, especialmente quando se trata de crimes contra a humanidade dotados da natureza de *jus cogens* (v.g., tortura, execução, desaparecimento forçado etc.). Tal é decorrência das obrigações colocadas aos Estados pelos tratados contemporâneos de direitos humanos, como, v.g., no nosso entorno regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (MAZZUOLI, 2019, p. 483)

Além da autoanistia não ser posta por legislador constitucionalmente democrático, afronta o direito ao acesso à justiça e impede a responsabilização dos agentes de crimes graves. “(...) as autoanistias violam os direitos à verdade e à justiça, desconhecem cruelmente o terrível sofrimento das vítimas, obstaculizam o direito a reparações adequadas.” (CORTE IDH, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 21 da Sentença *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006). Ademais, na referida decisão destacou que o impedimento à justiça estabelece violação grave aos artigos 1(1), 2, 25 e 8 da Convenção Americana. Assim, no momento que os entes estatais dão efeitos a autoanistia, ela incorre no desrespeito aos preceitos a Convenção Interamericana e impede o exercício dos direitos as vítimas e ao devido processo legal. Essa

lesão ao acesso à justiça acaba preservando a omissão do Estado na responsabilização dos delitos de caráter *jus cogens*.

Tal denegação de justiça se configura cercada de circunstâncias agravantes, com todas as suas consequências jurídicas, pois implica no deliberado encobrimento de violações de direitos fundamentais, v.g., por meio da prática sistemática de detenções ilegais ou arbitrárias, sequestros, tortura e desaparecimentos forçados de pessoas, cuja proibição absoluta recai no domínio do *jus cogens*.¹⁶ Sendo assim, estas autoanistias comprometem a responsabilidade internacional agravada do Estado. (CORTE IDH. Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 18 da Sentença Almonacid Arellano vs Chile, 2006)

Neste pórtico, apesar de a ADPF 153/DF versar pela interpretação do parágrafo primeiro do artigo 1.º da supracitada lei, o problema gerado pela decisão do STF implica em duas vertentes: a recepionalidade de norma-legal colidente aos princípios basilares da nova Constituição; e aos atos internacionais sobre Direitos Humanos que se despontam incompatíveis com a violação de crimes contra a humanidade.

Ora, observando os pontos sedimentados pela Corte IDH, a Lei n.º 6.683/79 não passaria pelo crivo; primeiro a ausência na concepção de “lei”, e a promulgação pelo sistema legislativo ainda ligado com o regime ditatorial. Analisar a referida legislação, é colocá-la sob o prisma da nova ordem constituinte — amparada nos direitos e nas garantias fundamentais, no respeito aos valores e as normas internacionais. Aqui, cabe frisar a declaração do Ministro Eros Grau, no RE 511.961/SP, “No dia da promulgação da nova Constituição nasceu o estado brasileiro atual.” (Página: 02/16 STF — RE 511.961/SP — 17/06/2009 TRIBUNAL PLENO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961 SÃO PAULO — VOTO: Eros Grau).

No argumento de nova ordem, a Ministra Carmem Lúcia divergiu do Relator ao apontar que a EC n.º 26/85 não poderia ser conhecida como norma integradora a nova ordem constitucional, “porque a Constituição de 1988 é Lei fundamental no sentido de que fundante e fundadora, logo o que veio antes e o que foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integradora do sistema constitucional.” (BRASIL, 2010, p. 88). Assim, é grosseiro repisar a legislação com base no período ditatorial, quando o Estado brasileiro assume o compromisso no âmbito internacional de observar os acordos e tratados sobre direitos humanos, sabendo que, tais direitos são reconhecidos pelo caráter prioritário e primordial a dignidade da pessoa humana. “A dignidade humana é não apenas um direito, mas fundamento de todos os direitos humanos. E o conjunto de direitos do ser humano protege-o

como ser digno de proteção especial apenas pela sua condição humana.” (BRASIL, 2014, p. 35)

No Parecer n.º 4.433/AsJConst/SAJ/PGR, da ADPF 320/DF, a Procuradoria Geral da República afirmando a diferenciação dos fatos pleiteados entre as ações, sopesou a omissão do STF atinente a compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade em relação aos acordos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em vista o pedido da primeira ADPF recair sobre a interpretação de dispositivo legal. Contudo, é preciso frisar que a nova ordem constituinte traz na sua estrutura preceitos fundamentais consubstanciados também nas normas internacionais pela proteção dos direitos fundamentais e humanos; verifica-se explicitamente no artigo 1.º, inciso III; artigo 4.º, inciso II e IX, artigo 5.º, § 2.º e 3.º. Para Flavia Piovesan (2008), a Constituição de 1988 energizou o intercâmbio entre o Direito internacional e Direito interno, fortalecendo a sistematização de proteção dos direitos fundamentais, repousadas na primazia dos direitos humanos.

Na mesma linha, a PGR declarou sobre a omissão frente a decisão do Tribunal Interamericana:

A omissão do Estado brasileiro em dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos fere preceitos fundamentais do art. 5º, §§ 2º e 3º, que determinam a prevalência, no ordenamento interno, até mesmo sobre normas constitucionais, dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil. Como no caso, ao ignorar a jurisdição da Corte Interamericana e considerar suas decisões como não vinculativas do Brasil, o efeito prático é a negativa de vigência a ambos os dispositivos. (BRASIL, 2014, p. 35)

Nada obstante, registra-se que a sentença do Caso Gomes Lund. Vs. Brasil seguiu os mesmos pontos resolutivos firmados anteriormente pelo Tribunal Interamericano, conforme visto acima nos julgados. Essa sentença não traz nada de novo quanto ao posicionamento da ordem Interamericana relativo ao tema de autoanistias, assim como sobre o dever de investigação e responsabilização das graves violações. No parecer, opinou-se sobre a essencialidade da Constituição de 1988 com as normas internacionais:

Premissa dessa compreensão é a “aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988”, isso porque “a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais. (BRASIL, 2014, p. 45)

Desta forma, a análise do STF na ADPF n.º 153/DF, sem se comunicar com os atos e normas de direitos internacionais em que o Brasil é signatário, provocou um estado de completa violação de direitos, bem como incorreu na condenação do Estado no âmbito internacional. Marcelo Neves (2014) adverte muito bem sobre o perigo desse isolamento jurídico pelos tribunais ou Estados no que tange as questões de direitos humanos.

Depreende-se, assim, que a conversação constitucional é facilitada quando a Constituição traz a finalidade de proteção de direitos, visto que a sua essência se ocorre com a observância de atos internacionais. Extrai-se das decisões da Corte IDH a incompatibilidade da lei de anistia com o dever dos Estados-membros (do sistema interamericano) de investigar e punir graves violações a direitos humanos; assim como a necessidade de garantir a efetividade dos fundamentais e humanos no direito interno. No Parecer n.º 247/2019 – SDHDC/PGR, emitido pela Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, ressaltou-se o quadro de urgência, e a permanente violações aos preceitos constitucionais (artigos, 1.º, III; 4.º, II; 5.º, §§1º e 2.º), limitando a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, e causando a impunidade aos agentes que praticaram graves delitos lesa-humanidade.

Em suma, esse entrelace com a Corte Interamericana poderia ter sido sopesado no momento do julgamento da ADPF 153, visto o entendimento exposto em casos cujo objeto era concomitantemente discutido em outras ordens jurídicas. Era preciso o entrelaçamento no presente julgamento, com o escopo de fornecer solução adequada e evitar responsabilidade internacional. Por fim, torna-se relevante esclarecer a oportunidade de rever o posicionamento com a ADPF n.º 320/DF e os embargos de declaração na ADPF n.º 153/DF.

5.2 Crimes lesa-humanidade e o caráter jus cogens

O dever de investigar e punir as graves violações aos direitos humanos está relacionado as "garantias de não repetição", cujo objetivo é assegurar aos Estados partes a preservação dos direitos humanos previstos na CADH. Dessa maneira, o direito de responsabilização tem o caráter preventivo aos casos futuros para crimes contra humanidade.

No Caso Barrios altos, constatou-se a conceituação de crime de lesa humanidade: “[...] os crimes de lesa humanidade vão além do tolerável pela comunidade internacional, e ofendem toda a humanidade.” (Parágrafo 152 da Sentença Almonacid Arellano vs. Chile, 2006); pontou-se que a violação provocada por tais delitos são permanentes, ordenando a instauração de

processo investigativo para apuração e punição de agentes. Destarte, ponderou-se que: “... a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade afirmou expressamente que esses crimes internacionais “são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos” (CORTE IDH, parágrafo 152 da Sentença Almonacid Arellano vs. Chile, 2006).

Logo, pouco importava se o Chile era signatário da Convenção da ONU sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tendo em vista a clarificação pela imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade nasce como norma de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), não nascendo com a Convenção, mas é reconhecido nessa. Concluiu a corte que “O Estado não poderá arguir nenhuma lei nem disposição de Direito Interno para eximir-se da ordem da Corte de investigar e sancionar penalmente os responsáveis pela morte do senhor Almonacid Arellano.” (CORTE IDH, parágrafo 151 da Sentença Almonacid Arellano vs. Chile, 2006)

A decisão no referido caso, avançou para o *obiter dictum* sobre a inconveniência da prescrição quando se tratar de crimes que implicam em graves violações de direitos humanos.

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. (CORTE IDH, parágrafo 41 da Sentença Barrios Altos vs. Peru, 2001)

Depois, no julgamento do Caso *Bulacio Vs. Argentina* (Sentença de 18 de setembro de 2003) a imprescritibilidade de tais crimes teve posição de *ratio decidendi*. Em seguida o entendimento foi desenvolvido para a perspectiva da não prescrição ante o crime “contra humanidade”. No julgado Almonacid Arellano, o Tribunal já havia salientado que o artigo 1.1 da Convenção Americana prescreve a obrigação de julgar agentes praticantes de graves violações, inclusive os crimes de lesa humanidade. Deste modo, incumbe aos Estados estabelecer meio de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos, adotando, assim, medidas de prevenção, investigação, punição as transgressões a direitos previstos do pacto internacional. Caso contrário, o estado fica caracterizado pela violação aos direitos, conforme o entendimento:

[...] Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça à vítima, na medida do possível, a plenitude de seus direitos, é possível afirmar que foi descumprido, em relação às pessoas sujeitas à sua jurisdição, o dever de garantir o livre e pleno exercício de seus direitos. (CORTE IDH, parágrafo 110 da Sentença Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, 2006)

Considerar os efeitos da Lei de anistia no Brasil importa no estado de conflito com a Convenção Americana, sobretudo a redação concedida pelo artigo 1.1 (Convenção Americana) que prevê a obrigação de julgar agentes praticantes de graves violações. Essa comunicação com as normas de direito internacional inexistiu por parte do Supremo Tribunal Federal.

A sentença sobredita trouxe a lume novamente a definição dos crimes lesa-humanidade, apontando que tais crimes contra a humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. Em reiteradas oportunidades, o Tribunal indicou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, o que a Corte definiu como “a falta, em seu conjunto, de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana.” (CORTE IDH, parágrafo 111 da Sentença Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, 2006).

Nessa esteira, o Parecer n.º 4.433/AsJConst/SAJ/PGR havia enfatizado os delitos de desaparecimentos forçados, tortura e outros delitos atentados no conjunto de ataque sistemático a população civil como crimes de lesa humanidade, visto que originavam de normas cogentes pelo direito internacional, “Como uma das consequências do reconhecimento desses delitos, devem eles ser submetidos à jurisdição universal e declarados insuscetíveis de anistia e prescrição.” (BRASIL, 2014, p. 67). A observação realizada pelo Procurador Geral ao direito internacional e as decisões proferidas pela Corte, corroborou a exposição jurídica quanto à temática. O Procurador-Geral, a partir do olhar para outras ordens jurídicas, declarou o reconhecimento de crimes lesa humanidade e desaparecimento forçado com efeito de imprescritibilidade e proibição à anistia.

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND VS. BRASIL. (BRASIL, 2014, p. 81)

Nessa assertiva, lembrou-se da Extradicação n.º 1.150/Argentina, teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia. O plenário, além de pontuar o desaparecimento forçado de militantes

políticos argentinos como sequestro qualificado, reputou a natureza permanente e contemporânea do crime, reconhecendo a imprescritibilidade, nos termos do dispositivo 111, inciso III, do Código Penal. Essa compreensão afastaria a prescrição penal, e a extinção de punibilidade concedida pela lei de anistia.

A ausência de diálogo constitucional sobre direitos humanos por parte do STF no julgado em análise, acarreta da responsabilização do Estado brasileiro e torna impune aqueles que praticaram delitos graves aos opositores ao regime, além de manter a violação de direitos protegidos em tratado internacional, ratificado pelo país. Sobre tal ponto, Mazzuoli comenta:

Ignorou-se completamente, na decisão do STF de 28 de abril de 2010, as normas internacionais de direitos humanos (*hard law*) das quais o Brasil é parte, as declarações de direitos (*soft law*) aceitas pelo Estado e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sedimentada até aquele momento (v.g., casos “Barrios Altos Vs. Peru”, “Almonacid Arellano Vs. Chile” e “La Cantuta Vs. Peru”). Violou-se, ademais, o princípio da vedação do retrocesso, consagrado por todos os sistemas regionais de proteção, segundo o qual não se pode *retroceder* em matéria de direitos humanos, deixando de assegurar a efetividade de direitos já reconhecidos pela ordem internacional. Portanto, à medida que o STF valida uma norma internacionalmente inválida, fazendo tábula rasa da interpretação que desse tipo de lei faz a Corte Interamericana, bem assim retrocedendo em matéria de proteção dos direitos humanos, também comete ato capaz de responsabilizar o Estado brasileiro no cenário internacional. (MAZZUOLI, 2021, p. 341)

Nesse aspecto, Mazzuoli (2019) elucida a precisão de adotar interpretação diferenciada aos tratados internacionais de direitos humanos, ao passo que esses não são preceitos de direito internacional habituais. Necessita-se de o intérprete considerar a norma mais favorável ao ser humano, (princípio *pro homine*). Tal argumento robustece a necessidade de um entrelaçamento entre as ordens jurídicas, maiormente, a proteção dos direitos humanos e a sua projeção no ordenamento interno. Aliás, Mazzuoli ainda aponta a contemplação de cláusulas nos acordos, com intuito de produzir “comunicação” entres as ordens jurídicas: “Observe-se que os tratados contemporâneos sobre direitos humanos já contêm “cláusulas de diálogo” ou “cláusulas dialógicas” que fazem operar entre a ordem internacional e a interna um “diálogo” tendente a proteger sempre mais o indivíduo.” (MAZZUOLI, 2019, p. 253)

Deste modo, os Estados não podem atuar de forma isolada quando em tratativas jurídicas envolver normas de direitos humanos, olhando para o direito interno, como se esse estivesse desprendido de essencialidade *pro homine*, a exemplo do caso em tela. O Supremo Tribunal Federal ao analisar a compatibilidade da lei de anistia com a Constituição de 1988, considerou o ordenamento brasileiro distante da essencialidade em garantir direitos, visto que ao examinar e julgar a matéria não fez alusão as normas e o caráter protetivo de direitos

humanos e fundamentais; muito menos utilizou-se dos posicionamentos da Corte IDH sobre anistias.

O desrespeito na ADPF 153 não se referiu somente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas, também, à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 9 de dezembro de 1985, e assinada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986; ratificada em 20 de julho de 1989. Posteriormente, promulgada pelo Decreto n° 98.386, de 9 de dezembro de 1989. No que diz respeito aos crimes de tortura, o artigo 2.º da Convenção Americana (1985) traz a definição de tortura como o ato perpetrado contra indivíduo, aplicando aflição psíquica ou física, seja como meio de investigar, intimidar, castigar ou outra finalidade, bem como, artifícios para atingir a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental. Sendo inadmissível excludente sob alegação de 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.

Comentando sobre o dispositivo, Flávia Piovesan elucidou: “Não há possibilidade de derogar a proibição contra a tortura. A Convenção é enfática ao determinar que “nenhuma circunstância excepcional, seja qual for, pode ser invocada como justificativa para a tortura” (art. 2º (2)).” (Flávia Piovesan, 2019, p. 274–275). Já os dispositivos 6.º, 7.º, 8.º e 9.º enfatizam a necessidade de os Estados signatários: prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição, garantindo que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos penais, assim como, o dever de proceder à investigação nos casos de torturar para colher as informações e responsabilizar os culpados. André Ramos (2020, p. 123) comentando sobre os crimes contra a humanidade, menciona a introdução no Direito Internacional pelo Estatuto de Londres de 1945, sendo que a definição de tais crimes foi retratada no Estatuto de Roma, como ato de graves violações de direitos humanos contra indivíduo ou população civil, podendo o ataque ser sistemático ou mesmo particular.

A interpretação conforme a Constituição, concedida a Lei n.º 6.683/79, operou impedimento na instauração de processos investigativos para apurar as informações e julgar os praticantes envolvidos em crimes lesa-humanidade. Para tanto, a Procuradora Geral da República aponta a Lei de anistia como motivo da suspensão e impedimento das ações ajuizadas pelo MPF para investigar e responsabilizar os culpados por crimes de graves violações.

Conforme apurou a Procuradoria-Geral da República, das 9 ações ajuizadas pelo MPF em face de 22 agentes civis e militares envolvidos em crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura militar, apenas 3 se encontram com instrução em andamento; nas outras 6 ocorreu trancamento da ação penal por decisão em *habeas corpus* ou rejeição da denúncia, ratificada ou não posteriormente pelo tribunal correspondente. Em vários casos, o fundamento da paralisação foi justamente a Lei da Anistia. (BRASIL, 2019, p. 21)

Diferentemente das conjecturas clássicas para solucionar tais incompatibilidades, e espaçando-se da Teoria do duplo controle (tese exposta por André Ramos), oferece-se o fenômeno do diálogo transconstitucionalista como proposição adequada à resolução da lide entre a Suprema Corte brasileira e a Corte IDH. O intercâmbio entre as ordens jurídicas, já presente em diversos casos contenciosos, oferece máximo de proteção aos direitos humanos, de forma que os entes proporcionam uma abertura de contínua aprendizagem com as experiências de ordens jurídicas envolvendo problemas constitucionais. Desse modo, o ponto cego pode ser reconhecido por determinada ordem, e proporcionar resolução aos limites deparados por aquela.

Considerando o nascimento dos crimes lesa humanidade pelo direito internacional e previsão de deveres a responsabilizar os infratores, entende-se a importância a ser dada aos países a interpretação de normas internas, especificamente quando essas tendem a infringir preceitos consolidados. A falta de conversação jurídica-constitucional do Guardião da Constituição trouxe gravidade não somente pela condenação do Estado brasileiro no Tribunal Interamericano, mas também permite a impunidade dos agentes que cometeram delitos de caráter lesa humanidade nos períodos de 1964 a 1985, em que a interpretação da Lei de Anistia, sem notar a sua essencialidade de proteção a direitos fundamentais e humanos, resultou um estado de violações de direitos, amparados pela jurisprudência, atos e órgãos internacionais.

Por derradeiro, insta recordar que o método do transconstitucionalismo não se confunde com a determinação pelo Tribunal Interamericano, tampouco ao direito internacional clássico. A proposição de um diálogo entre ordens jurídicas, com colisões e aprendizados, não afasta totalmente a ideia da força normativa, que reveste a Convenção Interamericana; sendo que propõem a comunicação recíproca para uma solução adequada e suportável. Adequada devido ao desfecho aos problemas; e suportável ante a decisão que melhor se adequa, concomitantemente, as ordens jurídicas envolvidas. Portanto, identifica-se essa limitação do transconstitucionalismo frente a normatividade da Convenção Interamericana (direito internacional clássico), todavia, esse obstáculo não inibe a proposição para sanar a incompatibilidade sobre a lei de anistia do Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, depreende-se o modelo de transconstitucionalismo baseado na compreensão recíproca, estabelecendo as pontes de transição como essencial. Neste ponto, os problemas que eram precisos a uma ordem jurídica foram modificados com o desenvolvimento das ordens jurídicas, e a afloração de casos jurídicos que transcenderam o território para diversas ordens; a exemplo, as violações de direitos humanos, lesão ao meio ambiente, ato ilícito transnacional, finanças. Cabe elucidar que essas pontes não se caracterizaram de forma imutável, porém estão alçadas na esfera dinâmica do transconstitucionalismo. De modo objetivo, esse fenômeno propõe a interação entre as diversas ordens jurídicas com a finalidade de obter aprendizado e solucionar dilemas de modo síncrono.

Desde já, é preciso realizar consideração sobre o modelo. Conforme descrito anteriormente, o transconstitucionalismo apesar de fornecer elementos para resolução de lides jurídicas, encontra no direito clássico obstáculo na implementação do seu método, visto que tende a romper com a relação hierárquica e a imposição de órgãos internacionais no direito nacional. Além de reconhecer a limitação da tese, é preciso esclarecer que esse modelo não se contrapõem a posição da Corte IDH, que coloca o seu posicionamento de forma vinculada aos Estados partes da Convenção — determinando as partes signatárias a adequar o ordenamento interno não somente às normas de direito internacional, como as decisões proferidas pela Corte.

Realizado essas ponderações, é possível constatar a possibilidade de superação de entendimento do STF sobre as leis de anistia, através do diálogo transconstitucionalista. Esse modelo pretende partir não do órgão central: corte; mas do problema gerado pela anistia. O argumento colocado pelo Tribunal Interamericano no caso *Gomes Lund. Vs. Brasil*, deixa claro o compromisso assumido pelo Brasil, implicando na realização de Controle interno de compatibilidade com as normas de Direito Internacional, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos. Na perspectiva do transconstitucionalismo, a precisão de adequar o direito interno às disposições normativas sobre direitos humanos assevera a necessidade de o Brasil realizar intercâmbio com os atos internacionais ratificados internamente. A obrigação aos Estados partes para ajustar o ordenamento interno e refutar legislações obscuras reforça a comunicação entre ordens jurídicas, visando fornecer parâmetro saneador frente às problemáticas jurídico-constitucional. Desse modo, o indicativo colocado

pela Corte IDH se reveste de persuasão indicando a conversação transversal entre estado brasileiro e a Convenção.

O Sistema Interamericano tem-se destacado pelo desenvolvimento da conversação constitucional entre os Estados-membros. O referido modelo denota a necessidade de enfrentamento das controvérsias constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas. Apesar da resistência nacional por parte de alguns Estados signatários aos tratados e ao direito internacional, o SIDH vislumbra um ambiente aberto, haja vista os compromissos assumidos pelas ordens jurídicas locais em dá cumprimento às disposições da CADH. Portanto, depreende-se que os tratados e os acordos não podem ser vistos somente como normas impositivas, e sim, um meio a fomentar o entrelaçamento entre as ordens.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 se baseia em princípios fundamentais e na efetividade de direitos humanos, colocando o princípio da dignidade humana como fundamento. A abertura de diálogo se intensifica quando o Estado se compromete a observar normas internacionais de direito humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos; constituindo ponto persuasivo de intercambio constitucional. Olhar para a disposições normativas previstas na Convenção, bem como considerar as decisões da Corte IDH, funcionam como meio do estado brasileiro verificar o “ponto cego” das leis de autoanistias. Recordar-se que a metáfora do “ponto cego”, colocada por Marcelo Neves, serve para ilustrar que embora alguém não consiga enxergar o “ponto cego”, é possível que outra pessoa seja capaz.

Em vista disso, o campo de visão se expande de uma ordem jurídica para outra, objetivando encontrar solução adequada para a problemática. A relação de entrelaçamento preconizada pelo transconstitucionalismo nos casos das leis de auto anistias no SIDH, fornece pontos resolutos, haja vista os posicionamentos decisórios pela Corte IDH, e a finalidade estampada pela Convenção Americana ao colocar a incompatibilidade dessas leis, que omitem a responsabilização de agentes violadores de direitos humanos.

Os casos julgados pela Corte IDH versando sobre as autoanistias apresentam bases jurídicas e persuasivas para a ADPF n.º 153, especificamente, para a superação de entendimento, através da ADPF n.º 320/DF. Aqui, é preciso ressaltar que o STF se omite no diálogo para com os atos internacionais, tendo em vista que à época do Julgamento, a Corte IDH já apresentava entendimento pacífico quanto à temática, conforme examinado nos julgados citados anteriormente. A condenação no caso *Gomes Lund. vs. Brasil*, além de ressaltar os

efeitos da autoanistia na esfera internacional, impõe a necessidade de o Brasil realizar um Controle de compatibilidade. O entrelaçamento entre as Cortes aduz ao STF não somente a superação de entendimento sobre a lei de anistia, acarreta também na proximidade entre o direito interno e internacional, levando-o a observar às disposições normativas internacionais.

Denota-se bem que a superação da controvérsia voltada para o transconstitucionalismo, distancia-se do modelo provinciano e internacionalista. A defesa de tal modelo visa apontar um intercâmbio entre ordens jurídicas diversas; e para isso, os precedentes internacionais firmados pela Corte IDH corroboram na interpretação fornecida sobre as leis de autoanistias, concluindo pela incompatibilidade dessa frente a CADH. Logo, encontra-se no transconstitucionalismo a proposta para superação de entendimento.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fernando Luis Coelho. O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo: a ADPF 153 e a decisão da corte interamericana de direitos humanos no caso Gomes Lund. *Revista do Direito Público*, v. 12, n. 3, p. 153-190, 2017.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. convoca assembléia nacional constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 28/11/1985. Página 17422.

BRASIL. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos/Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 28/8/1979. Seção 1. Página 12265.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR/2014/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 320/DF, Distrito Federal: Ministério Público, ano 2014, 28 ago. 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 247/2019 – SDHDC/PGR/2019/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 320/DF, Distrito Federal: Ministério Público, ano 2019, 10 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 6 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Acórdão RE 511.961. 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> acesso em 14 de outubro de 2021.

CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA (1985). Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Sentença Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil, San José, Costa Rica: CIDH, ano 2010, 24 nov. 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Barrios Altos vs. Peru. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de direitos humanos. Caso Vladimir Herzog vs. Brasil. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf >. Acesso em: 14 out. 2021.

CURSINO, Bruno Barca. O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a, v. 16, p. 89-121, 2017.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul, p. 515-530, 2010.

DA SILVA, Lucas Gonçalves; SOUZA, Ana Paula de Jesus. Análise dos casos brasileiros na corte interamericana de direitos humanos: ascensão do transconstitucionalismo?. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, v. 29, n. 1, 2019.

FERREIRA, Emanuel Melo; REIS, Ulisses Levy Silvério. Há lugar para a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos na constituição federal de 1988?: notas sobre a interpretação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, v. 4, n. 2, p. 45-66, 2018.

FREITAS, J. D. (2013). O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos. Unoesc International Legal Seminar, 215 - 230.

MARMELSTEIN, George. O Transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 29. set. 2021.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: *a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal*

na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NEVES, Marcelo. (2014). (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 201-232.

NEVES, Marcelo. (2014). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, 51, 193-214.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Saraiva Educação SA, 2018.