



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BARBOSA

**CONTROVÉRSIA ENTRE O STF E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA
DA LEI DE ANISTIA**

Salvador
2021

CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BARBOSA

**CONTROVÉRSIA ENTRE O STF E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA
LEI DE ANISTIA**

Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação do componente curricular “Trabalho de Conclusão de Curso II” do curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação.

CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS BARBOSA

**CONTROVÉRSIA ENTRE O STF E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA
LEI DE ANISTIA**

Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação do componente curricular “Trabalho de Conclusão de Curso II” do curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 03 de dezembro de 2021.

Banca examinadora

Saulo José Casali Bahia - Orientador _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Universidade Federal da Bahia

Fábio da Silva Santos _____
Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador (UNIFACS).
Universidade Federal da Bahia

Vanessa de Lima Marques Santiago _____
Mestra em Direito pelo pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Universidade Maurício de Nassau

A Deus, o meu amigo certo das horas incertas.

Creonte – Agora responde, sem muitas palavras, minha proibição não chegou ao teu conhecimento?

Antígona – Como podia alguém ignorar? Foi divulgada na cidade inteira.

Creonte – Foi então um desafio premeditado?

Antígona - A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei.¹

Trecho do livro Antígona, de Sófocles.

¹ SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Millôr Fernandes. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 25.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI-5	Ato Institucional nº 5
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
COMISSÃO IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CORTE IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
MDB/PB	Partido Movimento Democrático Brasileiro na Paraíba
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PT/AL	Partido dos Trabalhadores em Alagoas
STF	Supremo Tribunal Federal

BARBOSA, Carlos André Dos Santos. **Controvérsia entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da lei de anistia**. Orientador: Saulo José Casali Bahia. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A Lei de Anistia brasileira de 1979 foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que inaugurou, no Brasil, um conflito decisório entre um tribunal constitucional e um tribunal internacional. O STF entendeu ser constitucional a interpretação da lei de anistia no sentido de que estariam perdoados não apenas os crimes políticos cometidos pelos opositores da ditadura de 1964, mas também os ilícitos penais praticados pelos agentes públicos encarregados da repressão. Por outro lado, a Corte Interamericana, no julgamento do caso Gomes Lund, estabeleceu a nulidade das disposições da Lei de Anistia brasileira que impedissem a investigação e a punição de graves violações de direitos humanos. Diante deste aparente conflito de decisões de uma corte de cúpula nacional e de um tribunal internacional, o presente estudo visa averiguar qual dessas decisões prevalece e quais são os critérios que devem ser utilizados para resolução deste tipo de antinomia decisória. Para tanto, a metodologia empregada foi a da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de caráter descritiva, sendo utilizados os métodos indutivo e dedutivo para o alcance das conclusões.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Lei de anistia; Crimes contra a humanidade; Caso Gomes Lund; Controle de convencionalidade; Teoria do duplo controle.

BARBOSA, Carlos André Dos Santos. **Controversy between the STF and the Inter-American Court of Human Rights regarding the amnesty law**. Advisor: Saulo José Casali Bahia. 2021. Monograph (Graduate in Law) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The Brazilian Amnesty Law of 1979 was analyzed by the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, which created, in Brazil, a decision-making conflict between a constitutional court and an international court. The STF considered the interpretation of the amnesty law to be constitutional in the sense that it forgave not only political crimes committed by opponents of the civil-military dictatorship, but also criminal offenses committed by public agents in charge of repression. On the other hand, the Inter-American Court, in the judgment of the case Gomes Lund, chooses the nullity of the provisions of the Brazilian Amnesty Law that prevents investigation and punishment of serious violations of human rights. Faced with this apparent conflict between decisions by a national top court and an international court, the present study aims to find out which of these decisions prevails and which criteria should be used to solve this type of decisional antinomy. For that, the methodology used was the descriptive bibliographic and jurisprudential research, being used the inductive and deductive methods to reach the conclusions.

Keywords: Interamerican Court of Human Rights; Amnesty Law; Crimes against humanity; Gomes Lund case; Conventionality control; Dual control theory.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	13
2.1. SISTEMAS REGIONAL AMERICANO E GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	13
2.2. COMO O DIREITO INTERNACIONAL VÊ O DIREITO INTERNO	18
2.3. COMO O DIREITO INTERNO VÊ O DIREITO INTERNACIONAL	19
2.4. INTERNALIZAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO BRASIL E OS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS	22
2.5. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	29
3. O CASO DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA E O APARENTE CONFLITO ENTRE DECISÕES DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	34
3.1. JULGAMENTO DA ADPF Nº 153 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	37
3.1.1. Fundamentos da Ordem dos Advogados do Brasil	37
3.1.2. Decisão do Supremo Tribunal Federal	38
3.1.3. Considerações sobre o julgamento da ADPF nº 153/DF.....	43
3.2. JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL – GUERRILHA DO ARAGUAIA (24 DE NOVEMBRO DE 2010)	48
3.3. A ANISTIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	56
4. CRITÉRIO PARA A RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS DECISÓRIAS: QUAL DECISÃO DEVE PREVALECER?	65
4.1. TENTATIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA NO CASO GOMES LUND	67
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS	75

1. INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da tragédia grega *Antígona*, escrita cerca 442 anos antes de Cristo pelo dramaturgo helênico Sófocles, observa-se que o pensamento dos antigos contrapunha o direito natural, inerente a todo ser humano e atemporal, ao direito positivo, este último contingencial, localizado em um determinado tempo e espaço. A aludida obra trata da luta de Antígona para dar um enterro digno ao corpo do seu irmão, a despeito do decreto do rei Creonte que impedia o sepultamento daquele por considerá-lo um desertor.²

Em certa passagem da tragédia, a personagem principal, Antígona, afronta o mencionado rei e afirma a superioridade do direito natural em face do injusto decreto, que, segundo ela, seria fruto de um “mero capricho ocasional de um homem”. Antígona diz não acreditar que a proclamação do rei “tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses”. Além disso, a personagem justifica seu posicionamento dizendo que essas leis naturais “não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos”.³

Neste caso, a justificativa filosófica do direito natural seria de natureza teológica. Podemos, assim, conceber esta cosmovisão como o início da afirmação histórica dos direitos humanos e da necessidade de levá-los a sério. É certo também que, ao longo da História, a noção de direitos inerentes aos seres humanos ora foi justificada a partir da cosmovisão religiosa, ora foi embasada na racionalidade humana e na natureza por movimentos filosóficos que enxergavam os direitos humanos como um dado que se poderia ser conhecido a partir da razão. Este processo histórico foi explicitado por Fábio Konder Comparato.⁴

Na modernidade, os direitos humanos deixaram o campo abstrato dos ideais religiosos e filosóficos à medida em que foram positivados nas constituições dos séculos XVIII e XIX. Nesta passagem de paradigmas, os direitos do Homem perderam em universalidade, eis que passaram a ser direitos dos cidadãos de determinado Estado, mas ganharam em concreticidade, considerando que passaram a ter força cogente. Posteriormente, os direitos humanos ganharam, ao mesmo tempo, amplitude universal e positiva a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH).⁵

² SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. *passim*.

³ *Ibidem*, p. 25.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2003. *passim*.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 25-30.

Neste sentido, o pensador italiano Norberto Bobbio afirma que a aludida Declaração da ONU seria “universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens”. Aquele autor explica que esta declaração também positivou os direitos do Homem na ordem internacional, de forma que tais prerrogativas passaram a ser “efetivamente protegidas até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.⁶

Flávia Piovesan, em evidente alusão à obra de Bobbio, afirma que os direitos da pessoa humana “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”.⁷

Sendo assim, temos na atualidade um novo paradigma dos direitos humanos. A questão da defesa dos direitos básicos do Homem já ultrapassou o plano meramente filosófico, situando-se, atualmente, no campo jurídico-político. Em outras palavras, hoje, o debate sobre como tornar esses direitos eficazes é mais importante do que a sua justificação teórica.⁸

A propósito, foi justamente o problema da eficácia dos direitos humanos que levou à criação de diversos organismos internacionais voltados à promoção da paz entre os povos e à garantia da dignidade humana. Este fato, certamente, modificou o paradigma da soberania estatal, até então considerada absoluta. Como efeito da coexistência dessas ordens jurídicas paralelas e complementares, não raro a harmonia entre o direito nacional e o internacional pode dar espaço a controvérsias e embates jurisdicionais, colocando em xeque a própria efetividade dos direitos consagrados na ordem internacional. A controvérsia entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da validade da Lei de Anistia brasileira de 1979 é exemplo da possibilidade de conflitos entre a ordem interna e a internacional.

Assim, a partir de 2011, instaurou-se, no Brasil, um fenômeno inédito de conflito entre decisões da corte de cúpula nacional e de tribunal internacional. Apesar de dissonantes, as duas decisões coexistem no ordenamento jurídico pátrio, de modo que é necessário averiguar qual delas deve prevalecer e quais são os critérios que devem ser utilizados para resolução deste tipo de antinomia decisória.

⁶ Ibidem, p. 30.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 188.

⁸ BOBBIO, op. cit., p. 25.

Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF, declarando a total recepção da Lei de Anistia de 1979 pela Constituição Federal de 1988⁹. A maioria dos ministros do STF entendeu que a anistia concedida pela aludida lei teria sido fruto de um acordo político entre os que promoveram o golpe e os opositores do regime, em benefício de ambas as partes.

Desse modo, na visão do tribunal, estariam perdoados não apenas os crimes políticos cometidos pelos opositores, mas também os ilícitos penais - como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados - praticados pelos agentes estatais encarregados da repressão aos adversários da ditadura civil-militar brasileira de 1964.

Entretanto, cerca de oito meses após ter sido proferida a aludida decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, declarando a incompatibilidade de parte da Lei de Anistia brasileira em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta oportunidade, a Corte IDH ordenou que o Estado brasileiro investigasse, processasse e punisse os agentes estatais culpados pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o regime de exceção que vigorou entre 1964 e 1985 no país.¹⁰

Neste sentido, o objetivo desta pesquisa é demonstrar se a Lei de Anistia deve permanecer no ordenamento jurídico a despeito de ter sido declarada inconvencional pela Corte IDH e constitucional pelo STF. Para tanto, abordar-se-á a relação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, o processo de internalização dos tratados sobre direitos humanos e sua hierarquia no ordenamento brasileiro, bem como a possibilidade de submeter as normas jurídicas brasileiras a um duplo controle material, tendo como parâmetros a constituição nacional e os tratados sobre direitos humanos internalizados.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153/DF**. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

2. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, cumpre traçar linhas gerais acerca da interação entre a ordem jurídica interna e o direito internacional dos direitos humanos, visando esclarecer como estes dois sistemas enxergam um ao outro. Assim, analisaremos os mecanismos de proteção dos direitos humanos no continente americano, a hierarquia das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de os órgãos judiciais nacionais realizarem controle de compatibilidade material das normas internas em relação às normas internacionais. Passamos, então, à análise dos sistemas de proteção aos direitos humanos.

2.1. SISTEMAS REGIONAL AMERICANO E GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A positivação dos direitos humanos a nível internacional desenvolveu-se na metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, como uma forma de resposta às graves violações de direitos ocorridas no regime nazista. Diante do evidente desrespeito do próprio Estado em relação aos direitos da pessoa humana, era evidente que a proteção dos direitos mais básicos dos indivíduos não poderia ocorrer apenas no âmbito nacional. A partir desse período, foram criados organismos e editadas normativas internacionais voltadas à proteção do indivíduo e à responsabilização estatal em caso de eventual falha na proteção dos direitos humanos.¹¹

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 26 de junho de 1945, a partir da Carta das Nações Unidas assinada em São Francisco, Estados Unidos da América, foi um marco na trajetória da internacionalização dos direitos humanos. Já em 1948, os Estados-membros da ONU editaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que positivou uma série de proteções destinadas à pessoa humana.

A DUDH foi aprovada sob a forma de resolução da Assembléia Geral da ONU, não sendo um tratado, mas sim *soft law*, que apresenta diretrizes para a atuação dos Estados. No entanto, considera-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos se trata de verdadeira interpretação autêntica do que significa a genérica expressão “direitos humanos” na Carta das Nações Unidas.¹²

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 191-192.

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 116.

A ONU foi criada primordialmente para promoção da paz e da segurança internacional através do fomento do diálogo entre os Estados. Também sempre foram finalidades da ONU a promoção do desenvolvimento social econômico e a proteção dos direitos humanos, conforme preâmbulo e artigo 1º da Carta das Nações Unidas. Flávia Piovesan ressalta que os principais órgãos do sistema onusiano são “a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado”.¹³

André de Carvalho Ramos¹⁴ explica que o mecanismo de apuração das violações aos direitos humanos no sistema global tem sistemática complexa, envolvendo duas vertentes: a área convencional e a área extraconvencional. Apesar de a análise do sistema universal de proteção aos direitos humanos não ser o foco desta pesquisa, é oportuno conferir as lições de Ramos acerca dos mencionados procedimentos perante a ONU:

O sistema convencional possui três grandes divisões: a não contenciosa, que é a mais antiga e elaborada a partir de técnicas de solução de controvérsias do Direito Internacional clássico, tais como os bons ofícios e a conciliação. Há ainda o sistema quase judicial, que possui duas espécies: a responsabilização iniciada por petições de Estados e ainda por petições de particulares contra Estados. Finalmente, há o sistema judicial ou contencioso, no qual a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é estabelecida através de um processo judicial, perante a Corte Internacional de Justiça. O sistema extraconvencional é composto de procedimentos especiais no âmbito de órgãos da Organização das Nações Unidas, embasados no dever geral de cooperação internacional dos Estados em matéria de direitos humanos, reconhecido na Carta da Organização das Nações Unidas.¹⁵

Paralelamente ao sistema global de proteção dos direitos humanos, foram criados sistemas regionais, como o europeu, o africano e o americano. Tais sistemas regionais são complementares ao global onusiano e às ordens jurídicas internas, não sendo possível falar-se em oposição entre eles, mas sim em correlação.¹⁶

Já a Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada em 1948 para a promoção da paz internacional, da democracia representativa, e do desenvolvimento social e econômico, à semelhança dos objetivos da própria ONU. A Carta de Bogotá ou Carta da OEA, documento que fundou a referida organização intergovernamental, adotou entre os seus princípios basilares

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 196.

¹⁴ RAMOS, op. cit., p. 116.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SOUZA, Lucas Monteiro de. **A Lei de Anistia e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Guerrilha do Araguaia**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7037>>. Acesso em: 30 out. 2021. p. 91.

a promoção dos direitos da pessoa humana. No entanto, os direitos positivados no referido documento foram de natureza mais genérica, sem muita densidade normativa.

Com vistas a dar maior efetividade aos direitos do Homem, em 1959, a OEA instituiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que deveria funcionar como um fiscalizador do cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados perante a OEA. Apesar da atuação inicialmente restrita, o papel da Comissão IDH foi ampliado em 1965, a partir das modificações que foram implementadas no estatuto daquele órgão durante a II Conferência Interamericana Extraordinária. Deste momento em diante, a Comissão passou a receber e examinar petições de particulares acerca de alegadas violações de direitos humanos, sendo autorizada também a apurar os fatos, interpelar os Estados e emitir recomendações de conduta a estes entes.¹⁷

De fato, a criação da OEA também inaugurou um mecanismo regional de proteção aos direitos humanos no continente americano.¹⁸ Este sistema regional é regulado por quatro normativas fundamentais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, com vigor em 1978) e o Protocolo de San Salvador¹⁹.

Importa esclarecer que a Declaração Americana de Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – criou um microsistema de defesa dos direitos do Homem dentro do sistema da OEA, com mecanismos mais fortes para o controle da atuação estatal. Nem todos os Estados-membros da OEA integram o microsistema instituído pela Convenção Americana, mas tão somente aqueles que manifestaram adesão. Enquanto 35 Estados integram a OEA, apenas 23 destes integram também o microsistema da Convenção Americana.

Ramos compreende os sistemas regionais americanos como dois círculos concêntricos. O círculo maior seria o da OEA, enquanto o menor, o da Convenção Americana. Neste sentido, ele afirma que ainda que determinado Estado “pertença ao círculo mais restrito da Convenção [Americana], pode ser avaliado perante o círculo mais amplo, o da Carta da OEA”. Segundo ele, a diferença entre esses dois sistemas estaria “no compromisso mais denso firmado pelos

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 217.

¹⁸ SOUZA, op. cit., p. 91.

¹⁹ RAMOS, op. cit., p. 211, 214.

integrantes do segundo sistema [da Convenção Americana de 1969], que conta inclusive com um tribunal especializado em direitos humanos”.²⁰

Este tribunal mencionado pelo autor é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial internacional instituído pelo artigo 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Na prática, a Corte IDH apenas passou a funcionar em 29 de junho de 1979. Inicialmente, as atividades da citada corte ocorreram na sede da OEA em Washington, capital dos EUA. Em 03 de setembro de 1979, realizou-se a cerimônia de instalação da Corte em San José da Costa Rica, cidade onde o órgão permanece até os dias atuais. A Corte IDH é composta por sete juízes eleitos pelos Estados-membros do sistema da Convenção Americana. O mandato destes dura seis anos, sendo possível uma reeleição.

A Corte IDH emite opiniões consultivas, interpretando a Convenção Americana, e também julga casos contenciosos sobre violações de direitos humanos praticadas por Estados. Nesta última hipótese, o artigo 33 do Pacto de San José estabelece que a competência deste tribunal internacional restringe-se aos Estados que tenham manifestado adesão à jurisdição contenciosa da Corte IDH.

As ações perante a Corte IDH podem ser ajuizadas pela Comissão Interamericana e pelos Estados-parte do microsistema regional, conforme estabelece o artigo 61 do Pacto de San José. Aparentemente, importa salientar que a Comissão pode agir de ofício ou a partir de provocação da vítima, de representantes desta ou de organizações internacionais.

Quando provocada, a Comissão analisa a admissibilidade do caso, verificando se se implementaram: o esgotamento dos recursos internos²¹; a ausência do decurso do prazo de 06 meses entre o julgamento do último recurso; e a ausência de litispendência ou de coisa julgada internacional. Superada a fase da admissibilidade, a Comissão inicia a tentativa de conciliação entre as partes (peticionantes e Estado). Não havendo solução amigável do conflito, a Comissão analisa o quadro fático e emite relatórios, recomendando ações ao Estado a fim de adequar a conduta deste aos ditames do Pacto de San José. Findo o prazo estabelecido para cumprimento das recomendações, a Comissão IDH analisa se estas foram cumpridas pelo Estado, ficando a seu critério instaurar ou não o procedimento contencioso perante a Corte de San José.²²

²⁰ Ibidem, p. 211-212.

²¹ O artigo 46.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispensa o esgotamento dos recursos internos em três situações: quando não existir na legislação do Estado recurso apto a tutelar o direito violado; se a vítima for impedida de acessar tais recursos na jurisdição interna; e se houver demora injustificada no julgamento dos recursos internos.

²² RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 235-250.

A sentença da Corte IDH pode reconhecer a procedência ou a improcedência, seja total ou parcial, da ação. O provimento jurisdicional que condenar o Estado por violações de direitos humanos deve também estabelecer o desembaraço dos direitos tutelados e o dever de reparar a violação, conforme preconizam os artigos 52 e 63, ambos da Convenção Americana.

No sistema americano de direitos humanos, há a necessidade de cumprimento de todas as obrigações impostas ao Estado. Sendo assim, mesmo quando eventualmente o direito doméstico crie empecilhos ao cumprimento de determinada decisão deste tribunal internacional, os Estados americanos devem adequar sua legislação interna aos desígnios da Corte IDH (artigo 2º do Pacto de San José).²³

O artigo 67 da CADH estabelece que a sentença da Corte Interamericana é definitiva e inapelável. Em face desta apenas é possível interpor pedido de interpretação, no prazo de 90 dias da intimação. O pedido de interpretação, como o próprio nome já diz, serve para esclarecer dúvidas acerca dos termos da sentença.²⁴

Em relação à coisa julgada, as sentenças da Corte IDH produzem efeitos *inter partes*, nos termos do artigo 68.1 do Pacto de San José. Apesar disto, tais provimentos jurisdicionais acarretam a chamada “coisa interpretada”, de modo que os entes subordinados ao referido tratado devem se orientar pela interpretação deste diploma internacional feita pela Corte IDH no julgamento de casos concretos. A inobservância da interpretação deste tribunal, por si só, configura uma violação ao Pacto de San José e enseja a responsabilização do ente.²⁵ Assim, Valério Mazzuoli afirma que “se para o Estado em causa a decisão da Corte de San José vale como *res judicata*, para Estados terceiros tem valor de *res interpretata*”, vinculando a interpretação jurídica da CADH a ser aplicada pelos órgãos nacionais.²⁶

Apesar da vinculatividade que se atribui à sentença da Corte, há certa liberdade quanto ao procedimento de execução deste aresto no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes. Portanto, estes entes podem fixar a forma de implementação da decisão no âmbito doméstico²⁷, a não ser quando se tratar de indenização pecuniária estabelecida pela Corte Internacional, que deverá seguir o mesmo “processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”, conforme estabelece o artigo 68.2 da CADH. No Brasil, as sentenças da Corte IDH

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 265.

²⁴ *Ibidem*, p. 271.

²⁵ *Ibidem*, p. 266.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 38.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 267.

não se submetem ao rito de homologação de decisões estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de direito internacional incorporado ao ordenamento interno²⁸.

Traçado este panorama geral sobre os sistemas regional interamericano e global de proteção dos direitos humanos, cumpre abordar o modo como os ordenamentos jurídicos nacional e internacional se relacionam entre si.

2.2. COMO O DIREITO INTERNACIONAL VÊ O DIREITO INTERNO

O direito internacional vê o direito interno como um mero fato. Os atos normativos nacionais – quer sejam leis, atos administrativos ou decisões judiciais – são tratados pelo direito internacional como “expressões da vontade de um Estado que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores”²⁹. Neste sentido, mesmo uma decisão de uma corte constitucional não escapa de ser tratada como um fato jurídico que não produz efeitos na ordem jurídica internacional³⁰.

Sob a perspectiva da ordem internacional, o Estado tem autonomia para aderir aos tratados internacionais, sendo livre também para dispor sobre o processo de internalização destas normas³¹. No entanto, nos termos do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, não é facultado ao Estado invocar a legislação nacional para escusar-se da aplicação dos tratados internalizados.

Em relação ao tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Cesti Hurtado vs. Peru*, ocorrido em 26 de janeiro de 1999, desconsiderou a existência de coisa julgada formada no âmbito da jurisdição peruana que impunha a prisão do senhor Cesti Hurtado. Em suas alegações, o Estado peruano afirmou que não seria possível a tramitação, perante Corte IDH, de caso envolvendo situação abarcada por sentença irreversível. A Corte interamericana aduziu que o argumento do Peru não poderia ser acolhido, considerando que

²⁸ MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade**: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10349>. Acesso em: 25 set. 2021. p. 122-123.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e o direito interno. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, nº 4, p. 53-71 – jul./set. 2002. p. 61.

³⁰ MARTINS, op. cit., p. 149.

³¹ *Ibidem*, p. 173.

este Tribunal Internacional não aplica o direito nacional, mas sim a Convenção Americana de Direitos Humanos e as normativas adicionais.³²

No Parecer Consultivo nº 14, a Corte IDH foi consultada sobre os efeitos jurídicos da edição, por um Estado-parte, de lei contrária ao Pacto de San José. A situação fática que levou a Comissão a pedir a opinião da Corte IDH sobre o tema foi o advento da constituição peruana de 1993, que passou a prever hipóteses de pena de morte não contidas na constituição anterior. O Estado teria violado, assim, o artigo 4 do Pacto de San José, dispositivo que proíbe o alargamento das hipóteses da pena capital. Na referida opinião consultiva, a Corte IDH estabeleceu que “conforme o direito internacional, as obrigações impostas por este devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar para o seu não-cumprimento o direito interno”.³³

Apesar disto, a Corte IDH explicou que uma lei que entra em vigor não necessariamente afeta o âmbito jurídico das pessoas, considerando a existência de normas sujeitas a determinadas condições. Sendo assim, no entender da Corte de San José, a simples emissão da lei não constitui, *per si*, uma violação dos direitos humanos, a não ser quando se trate de norma que produza efeitos concretos imediatos em relação a certas pessoas. Somente neste último caso é que seria possível ajuizar ação perante o mencionado tribunal internacional.³⁴

2.3. COMO O DIREITO INTERNO VÊ O DIREITO INTERNACIONAL

Neste tópico, trataremos sobre as teorias acerca da aplicação do direito internacional no âmbito nacional. Após isto, serão abordados o processo de internalização dos tratados pelo Brasil, a hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos e a possibilidade de realização do controle de convencionalidade pelos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Em relação à aplicabilidade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico dos Estados soberanos, há duas correntes doutrinárias: a monista e a dualista. De acordo com André de Carvalho Ramos, o monismo preconiza a aplicabilidade automática das normas internacionais pelas autoridades nacionais, sendo despicienda a manifestação de adesão do país ao tratado ou qualquer processo de internalização deste. Por outro lado, a corrente dualista prega

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cesti Hurtado Vs. Perú**. Sentença de 29 de setembro de 1999. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf>. Acesso em 25 ago. 2021.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 14/94**. Pronunciamento de 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2128opiniao.htm>. Acesso em 25 ago. 2021.

³⁴ *Ibidem*, parágrafos 40-43.

a separação das ordens jurídicas local e global. Sob este prisma, o direito internacional deve ser transformado em direito doméstico mediante processo de internalização para que seja aplicado em determinado Estado. Ramos afirma que a opção pelo monismo ou pelo dualismo cabe à constituição de cada Estado.³⁵

Sob outro ponto de vista, Saulo Casali Bahia explica que apenas a necessidade de processo de internalização não é suficiente para caracterizar a adoção do monismo ou do dualismo por determinado Estado. Segundo ele, o que diferencia as duas correntes, na prática, é a existência ou não de dois âmbitos de validade normativa. Sendo assim, o que caracteriza o sistema adotado pelo Estado é a posição hierárquica conferida às normas internacionais recepcionadas. Para Casali Bahia, a primazia do direito internacional é o que caracteriza a doutrina monista, enquanto a subordinação das normas internacionais às internas caracteriza a corrente dualista.³⁶

A dicotomia entre monismo e dualismo não é nova. Discussão eloquente acerca deste assunto foi travada pelos juristas europeus Hans Kelsen, defensor do monismo, e Karl Heinrich Triepel, defensor do dualismo. Na clássica teoria do jurista alemão Triepel, o direito interno e o direito internacional se diferenciam pela sua fonte e também pelo seu objeto. A diferença de fontes, segundo o autor, ocorre porque o primeiro surge da vontade do próprio Estado, enquanto o segundo brota da convergência de interesses e vontades de vários Estados soberanos.³⁷

Triepel argumenta que o direito interno regula as relações dos indivíduos entre si e perante o Estado, ao passo em que o direito internacional público regula as relações entre os Estados, razão pela qual restaria configurada a diferença de objetos. Para usar uma metáfora referida por Triepel, é como se esses dois ramos do direito fossem sistemas planetários diversos, cada um com seu centro de gravitação. Diante disto, o referido autor afirma a necessidade de o Estado, no exercício de sua soberania, internalizar as normas de Direito Internacional, transformando-as em direito nacional e cogente.³⁸

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e o direito interno. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. I – nº 4, p. 53 – jul./set. 2002.

³⁶ CASALI BAHIA, Saulo José. Relações do direito internacional com o direito interno. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 8(3)51-82. jul./set. 1996. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79072937.pdf>>. Acesso em 26 nov. 21. p. 59.

³⁷ TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Tradução de Amílcar de Castro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ed. 6, p. 7-64, 1 out. 1966. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/993>. Acesso em: 9 out. 2021. p. 10.

³⁸ *Ibidem*, p. 17.

Por outro lado, Kelsen adotava a teoria monista, que preconiza a existência de um só ordenamento congregador das normas nacionais e internacionais. Para este autor, “as normas de Direito internacional são, na sua maioria, incompletas; elas requerem complementação por meio de normas do Direito nacional. A ordem jurídica internacional pressupõe a existência de ordens jurídicas nacionais”.³⁹ O referido jurista afirma que as esferas jurídicas internacional e nacional formam um todo inseparável.⁴⁰

Ao tratar sobre qual das ordens deve ter primazia (nacional ou internacional), Kelsen afirma que são possibilidades a serem escolhidas com base na ideologia política de cada pessoa, seja mais “nacionalista e imperialista” ou mais inclinada ao “internacionalismo pacifista”⁴¹. Diante desta constatação, aquele jurista afirma que não se trata de uma questão passível de ser estabelecida pela ciência do direito. Apesar disto, ao longo do texto, Kelsen explicita sua inclinação a aceitar a primazia do direito internacional.

Härbele, por sua vez, aponta que na atualidade são notáveis as “tendências no campo do Direito Constitucional nacional que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional”.⁴² Neste sentido, nos últimos tempos, os sistemas nacional e internacional têm estabelecido cada vez mais pontos de contato, de modo a ressignificar as teorias mais tradicionais, sem, no entanto, aboli-las.

No Brasil, consagrou-se a corrente dualista, que exige a incorporação do tratado ou convenção para que estes tenham aplicabilidade no direito nacional, bem como estabelece a sujeição das normas internacionais às nacionais⁴³. A opção adotada pelo ordenamento pátrio pode ser extraída do artigo 49, inciso I, da Constituição de 1988, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 495.

⁴⁰ Ibidem, p. 499-500.

⁴¹ Ibidem, p. 551.

⁴² HÄRBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 47.

⁴³ O artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição brasileira de 1988 permite a submissão dos tratados internacionais ao controle de constitucionalidade. Sobre isto, Saulo Casali Bahia afirma que “ao ser estabelecido o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, rejeitou-se a opção pelo monismo jurídico, dando-se preferência ao Direito Constitucional interno em detrimento do Direito Internacional, criando-se, assim, uma dualidade quanto aos âmbitos de vigência, uma licitude e uma ilicitude simultâneas. O Brasil, assim, não abriu mão do quanto necessário à instituição de um sistema monista, ou seja, de parcela da soberania”. (CASALI BAHIA, Saulo José. *Relações do direito internacional com o direito interno*. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 8(3)51-82. jul./set. 1996. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79072937.pdf>>. Acesso em 26 nov. 21. p. 67.)

Na praxe brasileira, a incorporação destas normas internacionais deve ser aprovada por intermédio de atos do Parlamento e, posteriormente, do presidente da República. Assim, o Congresso Nacional, através de decreto legislativo, ratifica o tratado e autoriza o chefe do Executivo federal a promulgá-lo, para que passe a produzir efeitos no ordenamento interno. Entretanto, o presidente tem discricionariedade em relação à prática deste último ato.

A propósito, no julgamento da Carta Rogatória nº 8.279, ocorrido em 1998, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, que já havia sido ratificado pelo Congresso, mas ainda estava pendente de promulgação, mediante decreto, pelo presidente da República. Por esta razão a Suprema Corte brasileira entendeu que o aludido instrumento normativo internacional ainda não havia sido recepcionado pelo ordenamento pátrio, não ostentando aqui vigência *nem vigor*⁴⁴.

2.4. INTERNALIZAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO BRASIL E OS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, sempre houve grande discussão na literatura jurídica e no âmbito dos tribunais acerca do status dos direitos previstos nos tratados internacionais aqui incorporados. A propósito, o §2º do artigo 5º da Constituição de 1988 estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O referido dispositivo da constituição estabeleceu a chamada cláusula de abertura material, também denominada de “norma de *fattispecie* aberta”, que amplia o rol dos direitos fundamentais para além do catálogo expressamente previsto na Constituição.⁴⁵ Este tipo de cláusula tem origem na 9ª Emenda à Constituição norte-americana, segundo a qual “the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

Foi a Constituição brasileira de 1891 que inaugurou, no constitucionalismo pátrio, a cláusula de abertura material⁴⁶. O artigo 78 desta primeira constituição republicana reconhecia

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Carta Rogatória nº 8.279**. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão de 04 de maio de 1998. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162742/carta-rogoratoria-cr-8279-at-stf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Editora JusPodivm: Salvador, 2011. p. 648-656.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. P. 314.

garantias e direitos por ela não enumerados, mas que resultassem da forma de governo e dos princípios adotados na Carta⁴⁷. O referido artigo tem evidente inspiração na Constituição norte-americana.

A carta jurídico-política brasileira de 1988 foi ainda mais arrojada, passando a prever explicitamente uma abertura material para os direitos consagrados em tratados sobre direitos humanos que fossem internalizados pelo país. Este diploma adotou a integração dos direitos humanos na ordem interna seguindo a tendência de outras constituições então recém promulgadas, como as constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), que preveem a interpretação dos direitos fundamentais à luz dos direitos humanos.⁴⁸

Acerca do tema, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal reconhecia o primado do direito internacional sobre o direito interno⁴⁹, a exemplo da tese firmada nos julgamentos das apelações cíveis nº 9.587, de 1951, e nº 7.872, de 1943. Em 1977, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, o STF passou a adotar o entendimento de que as normas previstas nos tratados e convenções internacionais seriam equiparadas às leis ordinárias federais. Nesta oportunidade, o tribunal estabeleceu também que leis nacionais posteriores poderiam afastar a vigência dessas normas internacionais no que lhes fossem contrárias.⁵⁰

Esta postura da Corte Suprema brasileira persistiu até mesmo diante da Constituição Federal de 1988, de sorte que não se fazia qualquer distinção entre as normas de tratados internacionais sobre direitos humanos e as demais. Neste sentido, no julgamento da ADI nº 1480-3/DF⁵¹, ocorrido em 04 de setembro de 1997, o STF firmou o entendimento de que os tratados ou convenções internacionais situam-se nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Também assim decidiu o STF no julgamento do HC nº 72.131/RJ⁵², que versava sobre a possibilidade de prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária. Neste

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

⁴⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 688.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 134.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1480-3**. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 1996. p. 1.

⁵² *Idem*. **Habeas corpus nº 72.131/RJ**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília, 1995.

primeiro julgamento sobre o tema após a promulgação da Constituição de 1988, a Suprema Corte brasileira, sob relatoria do ministro Moreira Alves, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que tratados internacionais ratificados pelo Brasil ingressam no sistema pátrio nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias federais. Tal entendimento se consolidou na Corte a despeito da cláusula de abertura material aos tratados sobre direitos humanos que fora positivada no §2º do artigo 5º da CRFB/88.

Desse modo, de acordo com o STF, eventuais conflitos entre as leis federais e os tratados internacionais – versassem sobre direitos humanos ou não – seriam resolvidos pelo critério temporal da máxima “lei posterior revoga lei anterior” (*lex posterior derogat legi priori*), com a ressalva de que não haveria propriamente revogação. Apesar disto, ainda assim, a Corte estabeleceu no supracitado julgamento que, especificamente no caso da prisão do depositário infiel, o artigo 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revogaria a legislação ordinária especial, neste caso, o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Todavia, apesar da postura do STF, boa parte dos juristas internacionalistas, dentre eles Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério Mazzuoli, defendia que o §2º do artigo 5º da CRFB/88 seria uma abertura para o reconhecimento do status constitucional às normas dos tratados e convenções sobre direitos humanos. Neste mesmo sentido, Mazzuoli afirma que o §2º do artigo 5º da Constituição de 1988 reconhece direitos explícitos e implícitos consagrados pela ordem interna, no corpo da Constituição, e os direitos consagrados em tratados internacionais sobre direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁵³

Considerando toda a controvérsia jurisprudencial acerca do tema, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o §3º ao artigo 5º da CRFB/88, que prevê expressamente que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Apesar de pretender colocar fim à controvérsia, a referida regra, ainda assim, evocava o problema do *status* dos tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente à EC nº 45. Esta é exatamente a situação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi celebrada em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992.

⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 79.

A literatura jurídica especializada apontava para a necessidade de se conferir *status* materialmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes da promulgação da EC nº 45/2004. Neste sentido, Flávia Piovesan afirma que o §2º do artigo 5º da CRFB/88 estabelece um bloco de constitucionalidade, outorgando índole materialmente constitucional às normas internacionais sobre direitos humanos internalizadas. Ainda de acordo com aquela autora, “com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais”. Neste sentido vejamos o que pensa a referida autora⁵⁴:

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o ‘quorum’ qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo. [...] Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do ‘quorum’ de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O ‘quorum’ qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. [...] Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro. [...] Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. (grifo nosso)

Em sentido semelhante, Celso Lafer defende que, por força do §2º do artigo 5º, os tratados internalizados desde a promulgação da CRFB/88 até a promulgação da EC nº 45/2004 são materialmente constitucionais e integram o chamado bloco de constitucionalidade, complementando as disposições constitucionais. Vejamos trecho do livro de Lafer neste sentido:

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela ‘vis directiva’ do inc. II do art. 4º. Entre estes

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 6, p. 105-130, 2008. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2021.

tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o ‘quorum’ de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido. Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer ‘a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional’.⁵⁵ (grifo nosso)

Lafer⁵⁶ lembra que a Constituição de 1988 foi promulgada em um contexto de expansão axiológica do direito e de abertura dos ordenamentos nacionais aos organismos internacionais. Segundo ele, no século XX, sobretudo após os horrores da Segunda Guerra Mundial, surgiu a tendência das constituições programáticas, que consagram normas definidoras de programas de atuação estatal e promovem uma abertura do direito em relação à moral e aos direitos humanos. Neste contexto também se situa a importância dada pela Constituição de 1988 aos direitos humanos.

Apesar do pensamento dos juristas acerca do tema, o STF adotou peculiar entendimento sobre a posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos internalizados antes da EC nº 45/2004. É justamente sobre o entendimento do referido tribunal que trataremos doravante.

Na ocasião do julgamento do RE nº 466.343-1/SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008, o STF enfrentou a questão do *status* dos tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente à EC nº 45. Naquela oportunidade, a Corte firmou o entendimento de que estes teriam nível de norma supralegal, situando-se abaixo da constituição e acima das leis infraconstitucionais. Neste julgamento, discutia-se a constitucionalidade da prisão civil do

⁵⁵ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 17-18.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõem a Constituição e o Pacto de San José da Costa Rica.

É que o artigo 5º, inciso LXVII, da CRFB/88 proíbe a prisão civil por dívida, excetuando os casos do alimentante inadimplente e do depositário infiel. Por sua vez, o artigo 7.7 do Pacto de San José estabelece que “ninguém deve ser detido por dívidas”, ressalvados apenas os casos de obrigação alimentar. Assim, a celeuma surge justamente porque a aludida convenção não permite a prisão civil do depositário infiel.

Em primoroso voto-vista, o ministro Celso de Mello defendeu o reconhecimento da índole constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Neste sentido, ele afirmou que a Constituição não estabeleceu a prisão civil do depositário infiel, mas, na verdade, apenas facultou ao legislador infraconstitucional a possibilidade de fazê-lo, sem que isto possa ser interpretado como uma imposição.⁵⁷ Sua excelência foi seguido pelos ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que também votaram pelo reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados em comento.

Já o ministro Gilmar Mendes ponderou que, com a EC nº 45/2004, a República Federativa do Brasil optou por atribuir força constitucional apenas aos tratados aprovados pelo rito de emendas. Apesar disso, ele considerou que a reforma constitucional acenava para o privilégio dos tratados sobre direitos humanos em face de outras normativas internacionais internalizadas, sendo insuficiente a tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil.⁵⁸

Diante disto, o ministro Gilmar Mendes, resgatando voto anterior do ministro Sepúlveda Pertence, sustentou a necessidade de a Suprema Corte brasileira adotar a tese da supralegalidade em relação aos tratados sobre direitos humanos que não tenham sido aprovados segundo o procedimento qualificado das emendas constitucionais. Segundo Mendes:

[...] Parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão proferido em 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 7 out. 2021. p. 1223-1229.

⁵⁸ Ibidem, p. 1144.

juízo do RHC nº 79.785-RJ, pelo voto do eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais.⁵⁹

O ministro Gilmar Mendes concluiu que o Pacto de San José, por intermédio do seu efeito paralisante, afastou as disposições infraconstitucionais que estabeleciam a prisão civil do depositário infiel. Para fundamentar seu entendimento acerca da supralegalidade, sua excelência fez alusão à legislação estrangeira:

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”. Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)³⁸ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28). Também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O “European Communities Act”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (N.2) [1991]. No Direito Tributário, resalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária. [...] Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**⁶⁰

Desse modo, mesmo diante do reconhecimento da supralegalidade e da consequente infraconstitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos que não tivessem sido aprovados pelo procedimento de tramitação de emendas constitucionais, o Pacto de San José ostenta eficácia paralisante em relação às normas infraconstitucionais.

Neste sentido, Oliveira Silva pontua que a inserção deste novo patamar entre a Constituição e as demais leis infraconstitucionais implica em admitir que a norma supralegal constitui fundamento de validade das leis que lhe sejam subalternas⁶¹. Consequentemente, a

⁵⁹ Ibidem, p. 1154.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão proferido em 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 7 out. 2021. p. 1155.

⁶¹ SILVA, Blecaute Oliveira. Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais : uma abordagem analítico-normativa. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 73-86. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/520002>>. Acesso em: 14 nov. 2021. p. 77.

supralegalidade torna sem efeitos as leis que contrariem os tratados alocados nesta posição hierárquica. Esta concepção pode ser extraída do escalonamento normativo kelseniano. Para Hans Kelsen, há sempre uma relação de determinação material e formal entre as normas dos escalões superior e inferior, de modo que o escalão superior determina o processo pelo qual a norma é posta e o seu conteúdo material.⁶²

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, critica o fato de a tese da supralegalidade não ter sido expressamente aceita pela maioria dos ministros do STF no caso em comento. Segundo ele, “embora a maioria dos ministros não tenha subscrito essa tese e a despeito do fato de que ela não aparece nem na ementa nem no acórdão, ela tem sido de fato considerada como a posição oficial do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004”⁶³. Há de se admitir, todavia, que os próprios ministros do STF reconhecem a tese da supralegalidade como a posição oficial da Corte acerca do tema⁶⁴.

Ante o exposto, consideramos que, apesar do que pontuou Virgílio Afonso da Silva, o STF realmente adotou a tese da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos que foram aprovados segundo o rito das emendas à constituição.

Como já visto, o próprio ministro Gilmar Mendes esclareceu no seu voto que a adoção da tese da supralegalidade dos tratados implicaria dotá-los de efeito paralisante em relação às leis subordinadas que lhes sejam contrárias. Neste ponto, entendemos que o reconhecimento deste efeito deve ocorrer no bojo do chamado controle de convencionalidade, sobre o que trataremos no próximo tópico.

2.5. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *E-book*. p. 245.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 316.

⁶⁴ Neste sentido, segue decisão recente do ministro Celso de Mello: “Embora entenda , como venho de assinalar, que os tratados internacionais de direitos humanos qualificam-se , em nosso sistema normativo, como diplomas de índole constitucional , consoante tive o ensejo de destacar por ocasião do julgamento plenário do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO, cabe reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, em referidos precedentes, atribuiu , ainda que por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), caráter de supralegalidade a tais convenções, como proclamou esta Corte Suprema nos casos acima mencionados: ‘(...) **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna . O ‘status’ normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...).**’ (RE 349.703/RS , Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 178527 RS 0033261-03.2019.1.00.0000**. Relator ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 10 de outubro de 2020)

Há uma tendência crescente de proteção dos direitos do Homem através da abertura das constituições nacionais ao direito internacional, o que leva à interação cada vez maior destas ordens. Neste processo, a soberania estatal tem sido mitigada. Eis aí o paradigma do Estado constitucional cooperativo retratado por Härbele.⁶⁵

No livro *Estado Constitucional Cooperativo*, o jurista alemão Peter Härbele analisa constituições de vários países a fim de demonstrar o movimento de abertura do constitucionalismo à ordem internacional. Segundo ele, este novo arquétipo não se baseia no monopólio estatal das fontes jurídicas, ficando de lado a exclusividade estatal nas tarefas legislativa e interpretativa. Desse modo, o Estado cooperativo, sobretudo em relação aos direitos humanos, se abre “a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação e a processos de interpretação”.⁶⁶

Isto é, a legislação nacional passa a se submeter a um controle material cujo paradigma é o direito internacional dos direitos humanos. Além disso, no Estado constitucional cooperativo, as normas nacionais, inclusive a constituição, devem ser interpretadas à luz dos direitos humanos.⁶⁷ Neste sentido, no livro *El Estado Constitucional*, Härbele afirma que “los catálogos nacionales de derechos fundamentales, y precisamente también donde garantizan derechos humanos y derechos ciudadanos, deben ser interpretados de manera conforme con los derechos humanos”.⁶⁸

Seguindo este entendimento de que o direito nacional deve ser lido sob as lentes do direito internacional dos direitos humanos, a Corte de San José, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ocorrido em 2006, estabeleceu que os órgãos judiciais internos dos Estados partes deveriam submeter as normas jurídicas domésticas a um “controle interno de convencionalidade”, mesmo que *ex officio*, sem pedido das partes.⁶⁹

Esta espécie de controle consiste na aferição da compatibilidade das normas nacionais com os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo país.⁷⁰ No sistema regional interamericano, a imposição do controle de convencionalidade pode ser extraída dos

⁶⁵ HÄRBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. *passim*.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 60-63.

⁶⁸ HÄRBELE, Peter. **El Estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 185.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em 19 out. 2021.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 35.

artigos 1 e 2 do Pacto de San José, dispositivos que obrigam os Estados-partes a respeitarem os direitos consagrados pelo pacto (artigo 1) e a adotarem medidas legislativas ou de outra natureza para efetivar os direitos previstos pelo mencionado tratado (artigo 2).

Trata-se, evidentemente, de ato semelhante ao controle de constitucionalidade, que pressupõe a superioridade de determinada norma em relação às outras. Sucede, entretanto, que os paradigmas utilizados nestes controles são diferentes.⁷¹ Ademais, de acordo com Valério Mazzuoli, no sistema interamericano de direitos humanos, o parâmetro para o controle de compatibilidade material das normas nacionais com o direito internacional é o bloco de convencionalidade, formado pelos tratados, costumes, e jurisprudência dos órgãos regionais e globais de proteção dos direitos humanos.⁷²

Acerca do termo “controle de convencionalidade” há ainda algumas divergências terminológicas dos estudiosos brasileiros. Mazzuoli entende que o controle de convencionalidade pode ser exercido pelas vias difusa e concentrada. No entanto, sob a ótica deste autor, apenas os tratados sobre direitos humanos formalmente constitucionais, internalizados sob o rito especial de aprovação de emendas à Constituição, podem servir de paradigma nas ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO, e ADPF)⁷³. Por outro lado, para Mazzuoli, os tratados sobre direitos humanos que não tenham observado o rito de aprovação das emendas poderão ser objeto somente do controle de convencionalidade pela via difusa.⁷⁴

Outros autores sustentam que os tratados sobre direitos humanos formalmente constitucionais são objeto do controle de constitucionalidade, enquanto os tratados que não tenham observado o rito especial de internalização seriam objeto do controle de convencionalidade⁷⁵. Consideramos tal discussão desnecessária e, por isso, utilizamos a expressão “controle de convencionalidade” para designar toda tarefa de aferição de

⁷¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 684.

⁷² MAZZUOLI, op. cit., p. 54.

⁷³ Idem. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 181, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence>>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 114-115.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. Controvérsias jurídicas sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. **Consultor jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

conformidade dos atos e leis internos em relação a qualquer tratado sobre direitos humanos internalizado pelo Brasil.

De fato, os juízes nacionais devem exercer o controle de convencionalidade e, ao fazê-lo tendo como paradigma o Pacto de San José, devem levar em conta a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos explicitada nas sentenças dos casos contenciosos, nas decisões sobre reparação e nas opiniões consultivas. Assim, para Mazzuoli, “apenas quando inexistir manifestação da Corte Interamericana sobre determinada questão *sub judice* é que poderão os juízes internos interpretar, com maior autonomia, a Convenção Americana”.⁷⁶

Nesta mesma linha de entendimento foi o voto do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, julgado pela Corte IDH em 2010. O voto do juiz Mac-Gregor foi exemplar em esclarecer que a força normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos se estende à interpretação realizada pela Corte de San José. Ele preleciona ainda que as normas convencionais são resultado da interpretação levada a cabo pela Corte IDH, como se verifica do trecho do voto a seguir transcrito:

52. Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación” del corpus juris interamericano.⁷⁷

A chamada “coisa interpretada” que emana dos precedentes da Corte IDH advém do artigo 61.1 da Convenção Americana, que atribui àquele órgão os papéis de intérprete e aplicador da Convenção. Nesta senda, diversos tribunais constitucionais latino-americanos já reconheceram a vinculatividade da interpretação do Pacto de San José feita pela Corte IDH. Conforme demonstrado em sentença deste tribunal internacional⁷⁸, seguem este entendimento a Sala Constitucional da Costa Rica; o Tribunal Constitucional da Bolívia; a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana; o Tribunal Constitucional do Peru; a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina; e a Corte Constitucional da Colômbia.

⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 55.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/pt/entity/eobpops9bnunb3xr?page=119>>. Acesso em 09 ago. 2021. p. 119.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 84-85.

Por sua vez, o STF tem adotado uma posição estatalista, primando pelo direito doméstico em detrimento do internacional. Assim, de acordo com Ventura, “os ministros aplicam a norma internacional se e quando ela está em concordância com ou é equivalente ao Direito interno”⁷⁹. Quando se trata da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF geralmente a interpreta sem ater-se às decisões da Corte IDH. Isso faz com que o Pacto de San José seja desvirtuado de acordo com os ventos que sopram na Corte Suprema brasileira.

Ultrapassadas estas reflexões sobre o controle de convencionalidade, cumpre estabelecer que, em caso de antinomia entre norma do Pacto de San José e norma constitucional, deve prevalecer aquela que conferir maior proteção ao indivíduo, em homenagem ao princípio *pro homine* ou *pro persona* consagrado pelo direito internacional dos direitos humanos. Neste sentido, Roberto Figueiredo Caldas afirma que “a definição de qual norma deve prevalecer, interna ou internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial”⁸⁰. Mazzuoli, por sua vez, considera que o bloco de convencionalidade dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal “sempre no sentido de ampliar o gozo dos direitos e liberdades consagrados em ambos os ordenamentos (o internacional e o interno)”⁸¹.

⁷⁹ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Oxford University, Latin America Centre, 2011. p. 204.

⁸⁰ CALDAS, Roberto Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, n. 19, p. 393-415, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32196.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 55.

3. O CASO DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA E O APARENTE CONFLITO ENTRE DECISÕES DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Para tratar da Lei de Anistia, é importante traçar algumas reflexões acerca do contexto histórico da discussão, que remonta à segunda metade do século XX. A história do Brasil, neste período, foi entrecortada por arroubos autoritários, processo que se iniciou a partir da renúncia do presidente Jânio Quadros, que ocorreu em agosto de 1961. O vice-presidente João Goulart enfrentou forte oposição das Forças Armadas brasileiras, que tentaram impedir a sua posse. Os militares, no entanto, não conseguiram prosseguir no seu intento devido à atuação do Congresso Nacional e do então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola.⁸²

O governo de Jango, ao lado de partidos e lideranças de esquerda, pautou reformas estruturais, como, por exemplo, as reformas fiscal, administrativa, universitária e agrária. Este período produziu intenso debate e radicalização política na sociedade brasileira. Havia também o alarde de uma suposta ameaça de revolução comunista capitaneada pelo presidente da República. Esse receio por parte dos setores mais conservadores da sociedade levou multidões às ruas nas chamadas Marchas da Família com Deus pela Liberdade. Milhões de pessoas marcharam. Em São Paulo, foram quinhentas mil; no Rio de Janeiro, um milhão. E, logo, todas as grandes cidades do país tornaram-se palco das manifestações conservadoras⁸³.

Enfim, esse processo levou à deposição de Jango e à instauração de um regime ditatorial civil-militar no país no dia 31 de março de 1964. O movimento golpista recebeu apoio de vários setores da sociedade civil, como empresários, imprensa, latifundiários, religiosos e políticos, daí porque é chamado de ditadura civil-militar.⁸⁴

A ditadura brasileira foi marcada por violações às liberdades e aos direitos humanos. Desaparecimentos forçados e torturas faziam parte do cotidiano dos militantes políticos desta época. Várias lideranças políticas foram presas, outras foram exiladas, parlamentares foram cassados, estudantes e artistas engajados na política eram constantemente perseguidos⁸⁵.

O regime de exceção recrudesceu o seu aparato repressivo a partir da edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5), que “fechou o Congresso Nacional por tempo indeterminado; cassou

⁸² ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: História, Imagem e Testemunho**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. p. 11.

⁸³ REIS, Daniel Aarão. Ditadura, anistia e reconciliação. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 2010, v. 23, n. 45, p. 171-186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-21862010000100008>>. Acesso em 26 out. 2021. p. 174.

⁸⁴ ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: História, Imagem e Testemunho**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. p. 11.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 19.

mandatos de deputados, senadores, prefeitos e governadores; decretou o estado de sítio; suspendeu o habeas corpus para crimes políticos; cassou direitos políticos dos opositores do regime; proibiu a realização de qualquer tipo de reunião; e criou a censura prévia”. Diante da supressão do campo de debate político, alguns grupos de extrema-esquerda optaram pela luta armada, inspirados nos movimentos de guerrilhas urbanas e rurais vietnamita e na revolução cubana.⁸⁶

Mas, enfim, este movimento autoritário instituído pelo regime de exceção foi interrompido pelo crescente clamor por liberdade, surgindo uma ampla frente de oposição formada por diversos grupos: estudantes, políticos, setores da igreja católica, comunidades eclesiais de base e minorias políticas organizadas.⁸⁷

Ainda no final dos tempos da linha dura da ditadura militar, tornou-se crescente o clamor da população pela “anistia ampla, geral e irrestrita”. Eram, inclusive, tais dizeres que estampavam uma enorme faixa erguida em 11 de fevereiro de 1979 pela Gaviões da Fiel, torcida organizada do time de futebol Corinthians, durante um jogo contra o Santos Futebol Clube. O episódio foi amplamente divulgado pela imprensa. Neste contexto, ocorreu a formação de vários movimentos sociais engajados na luta pela anistia no Brasil não só dentro do próprio país, mas também em vários outros, notadamente em Portugal, na França e na Suíça, onde foram criados Comitês Brasileiros pela Anistia (CBA)⁸⁸.

O clamor popular pela anistia se justificava na grande quantidade de exilados e de presos políticos. De acordo com Lilian Schwarcz e Heloisa Starling, havia cerca de 7 mil exilados e 800 presos políticos naquele período. Numa estimativa mais recente, foram contabilizadas as mortes e desaparecimentos de cerca de 432 pessoas⁸⁹. Cerca de 50.000 pessoas foram presas, 4.862 tiveram direitos políticos cassados, 130 foram banidas, e milhares foram exiladas.⁹⁰

Foi neste período de transição do regime ditatorial para a democracia que o general João Baptista Figueiredo encaminhou o projeto de lei de anistia ao Congresso Nacional. Assim, foi editada a Lei nº 6.683/1979, concedendo anistia àqueles que, “no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo (sic)

⁸⁶ Ibidem, p. 20.

⁸⁷ Ibidem, p. 20-21.

⁸⁸ SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 479.

⁸⁹ SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 11-16.

⁹⁰ ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: História, Imagem e Testemunho**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. p. 11. p. 27.

com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos (...)”⁹¹, consoante disposto no seu artigo 1º.

A Lei de Anistia, entretanto, não foi graciosa com os condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, de modo que tais ilícitos não foram objeto do perdão concedido pelo legislador (§2º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79).

Schwarcz e Starling criticam a cláusula de reciprocidade positivada na lei de anistia. Segundo as referidas historiadoras, “grave – e até hoje sem conserto – era cláusula de reciprocidade que estendia a concessão de anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos”, o que impediria a responsabilização dos agentes estatais que cometeram inúmeras violações aos direitos humanos⁹².

Nessa esteira, enquanto, antes, a sociedade civil rogava por uma anistia ampla, após a edição da lei de 1979, os movimentos sociais passaram a lutar pelo não esquecimento dos fatos pretéritos e pela responsabilização das graves violações de direitos humanos ocorridas durante o regime de exceção que se iniciou em 1964.⁹³

A superveniente Constituição Cidadã, promulgada em 1988, trouxe novos ares ao contexto jurídico-político do país, deixando para trás os resquícios da ditadura militar. Analítica, a CRFB/88 foi ambiciosa ao estabelecer um rol extenso de direitos fundamentais e garantias. Diante desse novo parâmetro normativo, que vincula formal e materialmente todas as demais normas do ordenamento jurídico, tornou-se controversa a recepção da lei de anistia frente à nova constituição. Ademais, a validade da lei de anistia frente à Convenção Americana de Direitos Humanos também era questionada.

Desse modo, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional, instauraram-se embates judiciais com a finalidade de processar e julgar agentes estatais que praticaram violações aos direitos humanos durante o regime ditatorial que perdurou entre 1964 a 1985 no Brasil. As duas principais ações foram o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 06 ago. 2021.

⁹² SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 479.

⁹³ GRECO, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. 2003. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>. Acesso em: 3 out. 2021. p. 405.

3.1. JULGAMENTO DA ADPF Nº 153 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1.1. Fundamentos da Ordem dos Advogados do Brasil

Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, pedindo que fosse dada ao §1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/1979 uma interpretação conforme a Constituição, declarando que “a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar”⁹⁴. O aludido dispositivo legal tem a seguinte redação: “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

A OAB afirmou que o dispositivo vergastado tem redação intencionalmente confusa “a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar”⁹⁵. De fato, conforme manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, não seria conveniente para o regime civil-militar que a anistia aos crimes praticados por agentes públicos em defesa do estado de exceção fosse feita de forma tão explícita, pois seria uma verdadeira confissão das violações promovidas por aquele mesmo regime⁹⁶.

A questão jurídica levada pelo Conselho Federal da OAB ao STF buscava esclarecer se os ilícitos penais comuns praticados pelos agentes públicos a serviço do estado de exceção de 64 estariam abrangidos pela Lei de Anistia. Para resolver a questão, a Corte teria também que delinear os conceitos de crimes conexos, de crimes políticos e de crimes praticados por motivação política para efeitos da Lei nº 6.683/1979. Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil sustentou, na petição inicial da ADPF nº 153, os argumentos doravante apresentados.

⁹⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330654>>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁹⁵ Ibidem, p. 13.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 106.

Em primeiro lugar, de acordo com a OAB, o §1º da Lei nº 6.683/1979 não teria sido recepcionado pela CRFB/88, já que o artigo 5º, inciso XLIII, deste diploma impede a concessão de anistia ou graça ao crime de tortura, dentre outros.

Em segundo lugar, a Ordem alegou ainda que os policiais e militares que torturaram, mataram e estupraram opositores ao regime civil-militar brasileiro não praticaram crimes políticos, mas apenas crimes comuns, de modo que não poderiam ser agraciados pela anistia, eis que apenas haviam sido perdoados os crimes políticos e os conexos àqueles.

Em terceiro lugar, defendeu a arguente que os delitos políticos seriam aqueles definidos nas leis que tipificavam os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. No período abrangido pela anistia, vigoraram sucessivamente três diplomas normativos que tratavam desta matéria: o Decreto-Lei nº 314/1967; o Decreto-Lei nº 898/1969; e a Lei nº 6.620/1978. Os aludidos crimes praticados pelos agentes públicos não estavam previstos em nenhum desses diplomas legais.⁹⁷

Em quarto lugar, após enquadrar os ilícitos praticados pelos agentes públicos como crimes comuns, a OAB afirma que o artigo 76, inciso I, do Código de Processo Penal reconhece a conexão criminal nas situações em que os agentes criminosos tenham atuado uns contra os outros, mas afirma que se trata de norma exclusivamente processual, que estabelece uma regra de unificação de competência destinada a evitar julgamentos contraditórios, e não de norma de direito material. Em suma, neste ponto, o órgão autor da ação de controle concentrado de constitucionalidade em comento sustenta que

[...] não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. A conexão só pode ser reconhecida, (sic) nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material ou formal), ou por várias pessoas em co-autoria. No caso, portanto, a anistia somente abrange os autores de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes comuns a eles ligados pela comunhão de objetivos. [...] Ou seja, não houve comunhão de propósitos e objetivos entre os agentes criminosos, de um e de outro lado. (p. 14-15).

Por fim, o órgão arguente invocou a jurisprudência da Corte IDH acerca da nulidade da autoanistia criminal decretada por governantes, sobre o que trataremos no próximo tópico.

3.1.2. Decisão do Supremo Tribunal Federal

⁹⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330654>>. Acesso em: 20 set. 2021. p. 15.

Em 29 de abril de 2010, sob relatoria do Ministro Eros Grau, o STF julgou improcedente a ADPF nº 153, sob os seguintes argumentos:

- i. A Lei nº 6.683/1979 perdoou os crimes de qualquer natureza, desde que relacionados com os crimes políticos ou que tivessem sido motivados por questões políticas, o que permitiria a anistia aos agentes estatais incumbidos da repressão⁹⁸;
- ii. O sentido de “conexão” explicitado pela lei de anistia seria *sui generis*, e não propriamente embasado na literatura jurídica⁹⁹;
- iii. A lei em comento se caracteriza como de efeito instantâneo (ou lei-medida), já que possui finalidades imediatas e concretas, de modo que deve ser interpretada de acordo com o momento histórico em que foi editada, não sendo possível atualizar o seu conteúdo à realidade atual. Neste sentido, a Corte afirma que a lei intenta “estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão”¹⁰⁰;
- iv. O STF deve ter uma postura de deferência à vontade manifestada pelo legislador, que detém competência para legislar, não podendo a Corte se sub-rogar na condição de legislador positivo para modificar os termos da lei de anistia¹⁰¹;
- v. A lei de anistia precede a Convenção da ONU contra a tortura (1984), a Lei nº 9.455/1997, que tipifica o crime de tortura no âmbito interno, e a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLIII, impede a concessão de anistia ou graça ao crime de tortura. Sendo assim, segundo a Corte, estes diplomas não poderiam revogar uma anistia já consumada;
- vi. A Constituição não pode afetar leis-medida de efeitos concretos que a tenham precedido, mesmo porque o objetivo da lei em questão já teria se consumado;
- vii. A lei de anistia de 1979 foi reafirmada pelo próprio Poder Constituinte no §1º do artigo 4º da EC nº 26/1985¹⁰² - ato que convocou a Assembléia Nacional

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 25.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰² EC nº 26/1985. 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.

Constituinte -, o que afasta a hipótese de não recepção daquela lei pela nova ordem constitucional.

Assim, no julgamento da ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal apenas reiterou sua histórica jurisprudência acerca da necessidade de emprego de uma interpretação de amplitude benevolente em relação ao texto da lei de anistia. A título de exemplo, no julgamento do RE nº 165.438, o Ministro Cezar Peluso afirmou que “em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos”.¹⁰³

O relator da ação, Ministro Eros Grau, enfatizou em seu voto a necessidade de interpretação da lei com base em seu contexto social e na vontade do legislador manifestada à época da sua edição. Sua excelência trouxe também com certa centralidade o argumento de que a Lei de Anistia seria uma lei-medida (*massnahmegesetze*), que produz e exaure seus efeitos instantaneamente.¹⁰⁴

O Ministro Eros Grau considera que a Lei de Anistia de 1979 foi integralmente recepcionada pela Constituição de 1988, já que a EC 26/85, que convocou a Assembléia Constituinte, teria reafirmado o perdão concedido pela lei de 1979. Votou o relator pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela sua improcedência. A maioria do tribunal acompanhou o voto do relator¹⁰⁵.

Dentre as poucas referências feitas ao Pacto de San José da Costa Rica e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacou-se o voto do ministro Celso de Mello, que foi assertivo em afirmar que a Corte IDH apenas considera inválidas as leis de

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 165.438**. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 06 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20165438%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 384.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 31.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 43.

autoanistia¹⁰⁶, o que, segundo o ministro, não seria o caso da lei brasileira de 1979, já que esta teria “caráter bilateral”, sendo fruto de um verdadeiro acordo político.¹⁰⁷

Foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, que votaram pela procedência parcial da ação. É importante analisar especialmente estes votos-vencidos, a fim de verificar quais foram os argumentos trazidos por eles para fundamentar uma peculiar interpretação do texto da lei de anistia de 1979.

Ao contrário do relator, que se dedicou à interpretação da vontade do legislador histórico (*mens legislatoris*), o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu ser mais adequado examinar a vontade da lei (*volunta legis* ou *mens legis*). Segundo ele, a vontade do legislador estaria “perdida em um passado remoto” e sua aferição teria contornos subjetivos em relação a cada intérprete¹⁰⁸.

Ao analisar a questão da conexão, matéria que tem grande relevância para o deslinde do caso, o Ministro Lewandowski explica que nenhuma das hipóteses de conexão previstas na literatura jurídica ou no ordenamento jurídico brasileiro se aplica à espécie. Ainda de acordo com ele, nem mesmo as hipóteses de conexão probatória ou de conexão por reciprocidade se aplicariam neste caso, por caracterizarem tão somente regras de competência processual, voltadas à unificação dos processos de forma a evitar decisões conflitantes.

Portanto, seria necessário liame teleológico, consequencial ou ocasional para que restasse configurada a conexão entre os crimes dos opositores ao regime e dos agentes estatais repressores. Amparado nessas razões, o citado magistrado afirma que “[...] a simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ O termo autoanistia designa a concessão de perdão pelos agentes do Estado a eles próprios, como uma forma de blindar-se da responsabilidade pelos seus atos ilícitos. A propósito, na inicial da ADPF nº 153, ao se referir sobre o entendimento da Corte Interamericana, a OAB afirmou que a incompatibilidade do §1º do artigo 1º da Lei de Anistia ocorreria por se tratar de uma autoanistia. No entanto, como se verificou no julgamento do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, o entendimento da Corte IDH é mais amplo, de modo que esta considera nula toda lei de anistia que for graciosa com graves violações de direitos humanos.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**.

Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 183-184.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 110.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 112.

Nesta linha de entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski votou pela procedência parcial da ADPF para dar interpretação conforme a Constituição ao § 1º da Lei de Anistia, estabelecendo que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia concedida pela lei de 1979. O ministro assentou ainda que cada juiz ou tribunal deveria realizar uma abordagem casuística, mediante a adoção dos critérios da preponderância da vontade e da atrocidade dos meios antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes agentes estatais. Só assim, segundo sua excelência, seria possível verificar o eventual cometimento de crimes comuns ou de crimes políticos e conexos, sendo apenas estes dois últimos objeto do perdão.

Já o Ministro Ayres Britto votou pela procedência da referida ADPF para declarar inconstitucional qualquer interpretação que estenda a anistia aos crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1988. Isto é, na visão de sua excelência, não seriam passíveis de anistia pela lei de 1979 os delitos de tortura, terrorismo, e aqueles ilícitos definidos como hediondos.

Ele reconhece a obscuridade do texto do §1º do artigo 1º da Lei de anistia e afirma a impossibilidade de concessão de perdão a crimes através do que chamou de “tergiversação redacional”¹¹⁰. À semelhança do que fez Lewandowski, o Ministro Ayres Britto também buscou pelo espírito da lei (*mens legis*). Ele assinala que o exame da vontade do legislador não é um método interpretativo, mas apenas uma espécie de baliza que pode auxiliar o intérprete na sua tarefa de estabelecer a norma. Segundo este julgador, “o que interessa é a vontade objetiva lei, não é a vontade subjetiva do legislador”¹¹¹.

Para Carlos Ayres Britto, a lei de 1979 concedeu anistia aos crimes políticos, que seriam os crimes principais, enquanto os crimes conexos objeto do perdão estariam em um plano secundário. Isto, segundo o citado ministro, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte, por se tratar de crime de lesa-humanidade. Ayres Britto enfatiza: “a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse”.¹¹²

O ministro ainda rechaçou a ideia de que a anistia da lei de 1979 teria sido reafirmada no texto da EC nº 26/85, ponderando que, na verdade, o artigo 4º da EC nº 26/85 apenas promoveu uma espécie de interpretação autêntica da lei de 1979 para garantir o perdão aos

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**.

Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021. p. 135-136.

¹¹¹ Ibidem, p. 141.

¹¹² Ibidem, p. 141-142.

servidores públicos punidos com base nos atos institucionais e complementares. Esse dispositivo, portanto, não se referiu àqueles agentes públicos que praticaram crimes comuns a serviço do golpe civil-militar (p. 143).¹¹³

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988, enfatiza o Ministro Ayres Britto, reconheceu a anistia apenas àqueles que foram perseguidos pelo regime militar, a exemplo dos artigos 8º e 9º do ADCT¹¹⁴.

3.1.3. Considerações sobre o julgamento da ADPF nº 153/DF

Ultrapassados os relatos do acórdão do STF na ADPF 153, é necessário tecer alguns comentários sobre os temas abordados pelos ministros naquele julgamento.

O primeiro argumento explicitado pelo STF foi no sentido de que a Lei nº 6.683/1979 não se tratou de ato unilateral do regime civil-militar, de sorte que não teria configurado uma autoanistia, mas sim um verdadeiro acordo político. Utilizando tal argumento, o ministro Celso de Mello afastou jurisprudência da Corte de San José sobre a invalidade das leis de anistia.

Entretanto, a Corte IDH, conforme estabelecido no caso *Barrios Altos vs. Peru*, reconhece a invalidade de qualquer ato normativo que impeça a punição dos culpados por

¹¹³ Ibidem, p. 143.

¹¹⁴ Vejamos o que dizem os dispositivos do ADCT: Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 2º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

Art. 9º. Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.

graves violações de direitos humanos. Este entendimento não se restringe, portanto, às leis de autoanistia.¹¹⁵

Ademais, no julgamento da ADPF nº 153, o STF deu a entender também que seria uma grave violação à regra da irretroatividade das leis penais dar diversa interpretação daquela originariamente feita ou anular dispositivo da lei de anistia para permitir a punição dos agentes civis e militares repressores.

Todavia, há que se reconhecer que, à época da edição da lei de anistia, já havia normas internacionais em vigor no Brasil que contrariavam as disposições da referida lei de anistia¹¹⁶. Dentre elas, podemos citar a Resolução da ONU nº 95, editada em 11 de dezembro de 1946, que confirmou os princípios de direito internacional adotados no estatuto e nas sentenças do Tribunal de Nuremberg. Por seu turno, o estatuto do referido tribunal formalizou os crimes contra a humanidade, puníveis independentemente da criminalização desses delitos pela legislação interna dos Estados.

Ademais, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade foi aprovada pela Assembleia da ONU em 1968 e, mesmo que o regime de exceção de 1964 não tenha manifestado adesão ao referido tratado, é necessário reconhecer que as regras ali previstas atingiram o patamar de *jus cogens*.¹¹⁷ Devemos lembrar ainda que o Brasil participou da criação da ONU, de sorte que o país deve, desde sempre, obediência às normas editadas no âmbito desta instituição.

A propósito, a noção de costume internacional dotado de força cogente foi adotada no caso do Tribunal de Nuremberg, instaurado entre 1945 e 1946, visando responsabilizar os alemães pelos crimes de guerra. O Acordo de Londres de 1945, instrumento que convocou o referido tribunal militar, estabeleceu expressamente a punibilidade das violações ao direito costumeiro de guerra, mesmo que as práticas antijurídicas não constituíssem crimes no direito doméstico.¹¹⁸ Neste sentido, Piovesan afirma que “o Tribunal de Nuremberg aplicou

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 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 19 out. 2021. p. 15.

¹¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 691.

¹¹⁷ Rothenburg afirma que “não seria razoável exigir que o regime de força da ditadura brasileira, representado pelo Governo oficial, reconhecesse expressamente todas as normas de Direito Internacional que poderiam comprometê-lo”. (Ibidem, p. 691-692)

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 193.

fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade, previstos pelo Acordo de Londres”¹¹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o professor Saulo Casali Bahia¹²⁰, o costume internacional considerado cogente tem *status* supralegal, assim como os tratados sobre direitos humanos que não sigam o rito das emendas à Constituição, em decorrência da tese firmada pelo STF no julgamento do RE nº 466.343/SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008.

Ademais, especificamente no caso das violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura de 1964, os costumes internacionais fortalecem as normas então existentes sobre a punição e a imprescritibilidade dos crimes dos crimes contra a humanidade. Neste sentido, o professor Rothenburg preleciona que

A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia da ONU em 1968, é um documento oficial previamente existente à boa parte do período coberto pela Lei de Anistia brasileira (2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), e atende, portanto, à exigência da anterioridade. Ocorre que também a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não é inovadora do ponto de vista jurídico, pois se apresenta como “a exteriorização formal de um conceito material que se consolidara através do costume internacional” [...]. Havendo essa norma clara de Direito Internacional, também o argumento da falta de adesão expressa do Governo brasileiro não prospera. Com efeito, não seria razoável exigir que o regime de força da ditadura brasileira, representado pelo Governo oficial, reconhecesse expressamente todas as normas de Direito Internacional que poderiam comprometê-lo. A validade da manifestação de vontade de um Governo para a aceitação do Direito Internacional deve pressupor, também nesse aspecto, um regime democrático e representativo. A ausência de adesão por parte de um Governo ilegítimo não tem o condão de impedir a aplicação – quase necessariamente posterior à queda do regime espúrio – do Direito Internacional humanitário.¹²¹

Apesar disto, alguns estudiosos do tema apontam que o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura estatalista e dualista um tanto extremada, de modo que este tribunal relega papel subsidiário às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. O direito internacional é aplicado tão somente quando o sistema legal positivo interno o consagra.¹²² Neste sentido,

¹¹⁹ Ibidem, p. 193-194.

¹²⁰ CASALI BAHIA, Saulo José. O caso Fazenda Brasil Verde e o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.151 -167, Jan-Jun 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/36779/21080>>. Acesso em: 26 nov. 2021. p. 161.

¹²¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 693.

¹²² VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Oxford University, Latin America Centre, 2011. p. 204.

vejamos o que disse Yi Shin Tang em artigo acerca do tema publicado em revista da Universidade de Oxford¹²³:

The STF has consistently embraced the dualist view by emphasizing that the validity and interpretation of international legal rules should remain subject to the constitution. For this reason, if one used international law obligations as the technical basis for challenging the amnesty law before the STF, the key step would be to convince its justices that the applicability of such law derives from a constitutional duty rather than an international obligation per se. Any attempts to invoke international rules should acquiesce to the supremacy of the Brazilian constitutional system and demonstrate that they have been regularly incorporated as part of domestic positive law. The STF has firmly established this view by claiming ultimate authority to control and enforce any such international acts within the Brazilian jurisdiction, and constitutionality reviews of international treaties have become a regular task of that Court.

Além de tudo, no julgamento da ADPF nº 153, o STF assentou que os delitos cometidos pelos agentes repressores tinham motivação política, de modo que apenas restaria reconhecer a sua natureza jurídica de crime político. Foi uma postura totalmente contraditória do tribunal, já que sua jurisprudência infirma o argumento aqui explicitado.

Neste ponto, cumpre observar que o STF, em diversas oportunidades, enfrentou a questão da distinção de crimes políticos e comuns. Essa discussão tem relevo sobretudo nos julgamentos de extradições, eis que o artigo 5º, inciso LII, da CRFB/88 veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, diferenciam-se os crimes políticos típicos e os crimes políticos relativos. Os delitos políticos típicos ou puros são aqueles praticados contra os governantes ou contra o Estado em si, sua integridade, sua soberania, e seu regime político.

Por seu turno, são considerados delitos políticos relativos ou impuros aqueles crimes de índole comum praticados com finalidade política. Nesta última hipótese, para que haja a legítima configuração de um crime político, e não comum, o STF emprega, caso a caso, os critérios da predominância da vontade e da atrocidade dos meios. Tais critérios também são aplicados em relação aos crimes comuns conexos aos crimes políticos.

O Supremo Tribunal Federal tem firme jurisprudência no sentido de reconhecer a natureza comum dos crimes violentos praticados contra a pessoa. A título de exemplo, podemos citar os julgamentos dos processos de extradição nº 1.085 (Caso Cesare Battisti)¹²⁴ e nº 855

¹²³ TANG, Yi Shin. International Justice through Domestic Courts: challenges in Brazil's Judicial Review of the Amnesty Law. In: **International Journal of Transitional Justice**, Oxford University Press, 9, p. 259–277, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ijtj/ijv007>>. Acesso em: 03 nov. 2021. p. 268.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Extradição nº 1085**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175632/false>>. Acesso em: 23 set. 2021.

(Caso Norambuena)¹²⁵. Em ambos, o STF entendeu que a natureza sanguinolenta dos crimes praticados, mesmo que com motivação política, impedia a configuração de crime político na espécie, considerando também o contexto de vigência da democracia no tempo e espaço em que os crimes foram cometidos.

Assim, é forçoso concluir que os militares não cometeram crimes políticos, mas sim delitos de índole comum, sendo irrelevante sua intenção política, já que não seria possível justificar que predomina a razão política nos crimes de tortura, estupro e de homicídio.

No entanto, há autores que discordam desta nossa conclusão. Sabadell e Dimoulis, por exemplo, afirmam que a tentativa de excluir da anistia os agentes estatais encarregados da repressão aos opositores da ditadura civil-militar brasileira se trata de um mero revanchismo político amparado em um “fetichismo penal” que vê na pena a única forma de responsabilização. Neste sentido, afirma-se que “sempre há espaço para a responsabilização social, não sendo a ausência de penalização sinônimo de impunidade”. Tal responsabilização, segundo os aludidos autores, poderia ocorrer na esfera cível e, de forma difusa, através do debate político, dos meios de comunicação e da historiografia.¹²⁶ Para eles, o Estado brasileiro adotou, em 1979, uma opção política que deve ser respeitada. Neste sentido, sustenta-se que

Quando a opção prevalecente na Justiça de transição é não punir criminalmente, nem atribuir outra forma de responsabilidade jurídica aos agentes do regime anterior (como no caso das anistias amplas), não temos “crimes” e “ilícitos” que permanecem impunes. Decidir responsabilizar os agentes da ditadura décadas após a ocorrência dos fatos gera uma responsabilização não esperada que muda retroativamente a valoração de certos fatos. Isso pode gerar novos conflitos e ferir imperativos do sistema jurídico (integridade, segurança jurídica).¹²⁷

Diante dos argumentos expostos, Sabadell e Dimoulis consideram insatisfatória eventual “revogação” da anistia concedida em 1979 aos crimes praticados pelos agentes públicos encarregados da repressão, considerando o lapso temporal transcorrido desde a redemocratização do país, de modo que a sanção, segundo os autores, não atingiria as finalidades da pena de prevenção geral e especial. Ademais, ainda segundo eles, eventual

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Extradicação nº 855**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94279/false>>. Acesso em: 23 set. 2021.

¹²⁶ SABADELL, Ana Lúcia.; DIMOULIS, Dimitri. Anistia: a política além da justiça e da verdade. **Acervo - Revista do Arquivo Nacional**, v. 24, n. 1, p. 79-102. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/42892>>. Acesso em: 03 nov. 2021. p. 86. p. 93.

¹²⁷ Ibidem, p. 93.

punição seria altamente seletiva – ou mesmo aleatória –, alcançando apenas restritíssimo grupo de agentes repressores.¹²⁸

Consideramos pertinentes os argumentos trazidos pelos mencionados autores, no entanto, discordamos da conclusão de que a Lei de Anistia deve ser interpretada de modo a abarcar as graves violações de direitos humanos praticadas pelos agentes públicos brasileiros no contexto de repressão aos opositores da ditadura civil-militar.

3.2. JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL – GUERRILHA DO ARAGUAIA (24 DE NOVEMBRO DE 2010)

Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu demanda à Corte Interamericana em face do Brasil, pedindo que o referido tribunal declarasse a invalidade da Lei de Anistia brasileira de 1979 e que o Estado brasileiro fosse impelido a investigar, processar e punir crimes cometidos por agentes estatais no contexto da guerrilha do Araguaia.

A ação originou-se de petição apresentada, em 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch, aos quais se juntaram, como copeticionários, o Grupo Tortura Nunca Mais, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e a senhora Ângela Harkavy – esta última na condição de irmã de um dos desaparecidos. Estes representaram pessoas desaparecidas durante a guerrilha do Araguaia, que teria contado com a participação de diversos jovens de extrema-esquerda.

A mencionada guerrilha foi travada entre militantes do Partido Comunista do Brasil e agentes do Exército. Os militantes políticos haviam se instalado na região do Araguaia, no sul do Pará e parte do Maranhão e Goiás, atual Tocantins, a fim de recrutar camponeses para um movimento de luta armada contra a ditadura. O Exército brasileiro descobriu o movimento e fez diversas expedições àquele local. Ocorreram várias campanhas militares entre 1972 e 1974 até que as Forças Armadas conseguissem exterminar os militantes.¹²⁹

¹²⁸ *Ibidem*, p. 94.

¹²⁹ ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: História, Imagem e Testemunho**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. p. 29.

Os camponeses locais foram torturados pelo Exército e os guerrilheiros foram caçados pelas matas da região do Araguaia¹³⁰. Mesmo depois de presos, os militantes foram assassinados, esquartejados e, depois, enterrados em lugares até hoje desconhecidos.¹³¹ O relatório final da Comissão Nacional da Verdade constatou a prática de execuções sumárias e torturas no contexto da guerrilha¹³². Ademais, reconheceu que os militares brasileiros, além de agredir fisicamente a população camponesa, privou-a dos seus meios de sobrevivência na medida em que queimaram suas plantações e proibiram o retorno daquele povo às suas terras¹³³.

Em relatório encaminhado à Corte IDH, a Comissão IDH sustentou a violação, pelo Estado brasileiro, de diversos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, considerando a prática de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas por agentes estatais encarregados da repressão a opositores do regime militar. Explicitou também que, em virtude da Lei de Anistia, o Estado deixou de investigar e punir os agentes públicos que cometeram os referidos crimes.¹³⁴

Além disso, a Comissão arguiu que as ações judiciais ajuizadas perante a justiça brasileira com a finalidade de esclarecer os fatos criminosos careciam de efetividade, pois não foram aptas a promover o fim almejado: garantir às famílias afetadas o acesso à informação e, portanto, à verdade acerca da guerrilha do Araguaia.

De acordo com o aludido órgão internacional, o Brasil infringiu: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); o direito à vida (art. 4º); o direito à integridade pessoal (artigo 5º); o direito à liberdade pessoal (artigo 7º); o direito às garantias judiciais (artigo 8º), que se refere à garantia ao devido processo legal; o direito à liberdade de expressão (artigo 13); o direito à proteção judicial (artigo 25), que estabelece a prerrogativa dos indivíduos de acessar o judiciário para a proteção dos seus direitos. Além disso, a Comissão arguiu ter havido também o descumprimento da obrigação de respeito aos direitos humanos (artigo 1.1) e do dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2º), que impõe aos

¹³⁰ CAMPONESES do Araguaia: a guerrilha vista por dentro. Direção: Vandrê Fernandes. Roteiro: Vandrê Fernandes. Fotografia de Bruno Mitih. [S. l.]: Oka Comunicações e Fundação Maurício Grabois, 2010. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ewnO58_PBj8. Acesso em: 1 out. 2021.

¹³¹ ARAÚJO; SILVA; SANTOS, op. cit., p. 29.

¹³² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Final**. v. 1. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021. p. 707-709.

¹³³ Ibidem, p. 702.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. p. 04.

Estados a adoção de medidas legislativas para implementar no âmbito nacional os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos¹³⁵.¹³⁶

Em face destas acusações, o Estado brasileiro arguiu, preliminarmente, (i) a incompetência temporal do tribunal, em razão de os fatos serem anteriores a 10 de dezembro de 1998, marco da adesão do Brasil à jurisdição Corte IDH; (ii) a falta de interesse processual da Comissão, considerando que parte das medidas recomendadas por aquele órgão ao Brasil haviam sido cumpridas, enquanto outras estariam em processo de implementação; (iii) a falta de esgotamento dos recursos internos; (iii) a regra da quarta instância e a falta de esgotamento dos recursos internos, considerando a litispendência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. No mérito, basicamente, o Brasil alegou que o país estava implementando medidas internas para resolver os problemas apontados pela Comissão IDH.

Dito isto, importa analisar o juízo da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as preliminares levantadas pela República brasileira.

Em relação à incompetência temporal do tribunal arguida pelo Brasil, a Corte reconheceu que deveria levar em conta a data da adesão do país à sua jurisdição e os termos em que esta teria ocorrido. Sucede que o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte IDH apenas para julgar situações ocorridas após 10 de dezembro de 1998, ao passo em que os fatos alegados ocorreram na década de 1970.¹³⁷

A Corte IDH deu parcial provimento à exceção de incompetência *ratione temporis*, tão somente para excluir de sua apreciação o assassinato da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cuja ossada foi identificada em 1996, portanto, dois anos antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil¹³⁸.

No entanto, o tribunal reconheceu sua competência para julgar crimes permanentes ou continuados mesmo que estes tenham se iniciado antes da adesão do Estado à competência contenciosa daquele órgão jurisdicional. Consequentemente, o tribunal se mantinha competente

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> . Acesso em 09 ago. 2021.

¹³⁶ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como um tribunal constitucional transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p.355.

¹³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. P. 9.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 9.

em relação aos casos de desaparecimento forçado, por se tratar de crime permanente, cuja consumação se alonga no tempo.

O argumento utilizado é de que haveria a perpetuação do ilícito enquanto não encontrado o corpo ou esclarecido o seu paradeiro. De acordo com aquele tribunal, o crime de desaparecimento forçado se configura quando há “privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino”¹³⁹. No entendimento da Corte, os elementos configuradores do desaparecimento forçado são “a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada”¹⁴⁰. É oportuno conferir o teor da decisão da Corte IDH neste ponto, por elucidativa que é:

17. [...] em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.

18. Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, inter alia, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares.¹⁴¹

Sobre a exceção de falta de interesse processual, a Corte IDH afirmou que cabe apenas à Comissão analisar a conveniência do envio de um caso à Corte, de modo que “os motivos que determinaram esse envio não podem ser objeto de uma exceção preliminar”. Assim, apenas poderia ser apreciada nesta espécie de exceção preliminar a violação, pela Comissão, de algumas das etapas pré-processuais, o que efetivamente não ocorreu¹⁴².

No que tange à preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos, mesmo diante da pendência de ações judiciais na Justiça brasileira, a Corte IDH afirmou que caberia ao Estado

¹³⁹ Ibidem, p. 9.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 39.

¹⁴¹ Ibidem, p. 10.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. P. 12.

informar quais seriam os recursos internos ainda cabíveis e não esgotados no momento da análise da admissibilidade pela Comissão, o que não foi feito tempestivamente pelo Brasil¹⁴³.

Além disso, o tribunal entendeu ser irrazoável o longo tempo de duração da Ação Ordinária nº 82.00.024682-5, que objetivava a apuração dos fatos ocorridos na guerrilha do Araguaia e que já se arrastava por mais de duas décadas¹⁴⁴. Por isso, não seria exigível o esgotamento dos recursos internos¹⁴⁵.

Sobre a preliminar da regra de vedação à quarta instância, a Corte IDH afirmou que o objeto do julgamento na Corte não era a decisão do STF em relação ao direito interno, mas sim a Lei de Anistia, as violações aos direitos humanos e o eventual dever de reparação aos familiares das vítimas, tendo como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ademais, a Corte de San José salientou que as decisões jurisdicionais nacionais podem ser revistas desde que se utilize como parâmetro a CADH e não o direito doméstico¹⁴⁶. Neste sentido, vejamos:

Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 infra), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância¹⁴⁷.

Superada a análise do julgamento das questões preliminares pela Corte IDH, passemos ao estudo do mérito.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH declarou a República brasileira como responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas na guerrilha do Araguaia. Apenas oito meses após a corte de cúpula nacional declarar a compatibilidade da Lei da Anistia com a constituição, a Corte IDH julgou o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, declarando a

¹⁴³ Ibidem, p. 17.

¹⁴⁴ A Ação Ordinária nº 82.00.024682-5 foi ajuizada em 1982, tendo sido proferida sentença em 2003, portanto, 21 anos depois do seu início. O Estado brasileiro apenas iniciou o cumprimento da sentença em 2009.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 17.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 20.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 20.

incompatibilidade da Lei de Anistia com o Pacto de San José da Costa Rica. Para a Corte IDH, os dispositivos da Lei de Anistia de 1979 carecem de efeitos jurídicos e, em consequência disto, não devem “continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos (...)”¹⁴⁸.

Em relação à Lei de Anistia brasileira, a Corte Interamericana considerou violados o direito às garantias judiciais (artigo 8º), que se refere à garantia ao devido processo legal; o direito à proteção judicial (artigo 25), que estabelece a prerrogativa dos indivíduos de acessar o judiciário para a proteção dos seus direitos; a obrigação de respeito aos direitos humanos (artigo 1.1) e o dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2º), que impõe aos Estados a adequação das normas nacionais aos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Vide o que disse a Corte IDH:

172. [...] a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.¹⁴⁹

De acordo com a Corte IDH, “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidades, que pretendem impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos”. Neste sentido, aquele tribunal estabeleceu que o dever do país de investigar, julgar e punir responsáveis por crimes de lesa-humanidade já alcançou status de norma *jus cogens*¹⁵⁰.

Ademais, muito se discutiu ao longo do processo se a Lei de Anistia teria surgido como um acordo político ou uma autoanistia. Porém, a Corte de San José, com base em sua firme jurisprudência, apontou a irrelevância desta questão no caso concreto, pela própria gravidade da situação. Segundo este tribunal, “a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as

¹⁴⁸ Ibidem, p. 65.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 64.

¹⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. P. 64.

anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas ‘autoanistias’”¹⁵¹.

De acordo com a Corte IDH, o Supremo Tribunal Federal deixou de considerar o Pacto de San José enquanto parâmetro de controle material dos atos normativos nacionais. Ademais, no entender da Corte Interamericana, caberia ao judiciário nacional promover precipuamente o controle de convencionalidade, e não apenas verificar a compatibilidade das normas domésticas em relação à constituição nacional. Nos dizeres da Corte IDH,

[...] quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹⁵²

Além de tudo isto, a Corte IDH entendeu que o Estado brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas¹⁵³ e que, em consequência, infringiu os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica (item 3), à vida (item 4), à integridade pessoal (item 5) e à liberdade pessoal (item 7)¹⁵⁴.

Também consignou a Corte que o Brasil violou o direito à liberdade de expressão dos familiares que buscavam por informações dos seus entes queridos, sem que obtivessem

¹⁵¹ Ibidem, p. 65.

¹⁵² Ibidem, p. 65.

¹⁵³ Conforme o §125 da sentença do caso Gomes Lund, a Corte IDH reconheceu o desaparecimento forçado das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Elisa Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kleber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luíza Augusta Garlippe, Manuel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira, Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa.

¹⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. p. 46.

esclarecimentos por parte do Estado. O aludido tribunal afirmou que o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão albergado pela CADH compreende “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole”¹⁵⁵.

A Corte de San José reconheceu que a República brasileira violou a integridade pessoal (artigo 5) dos familiares dos desaparecidos na guerrilha do Araguaia. Considerou que, para fins de indenização, haveria presunção *iuris tantum* em relação aos genitores, filhos, cônjuges e companheiros. Nos demais casos, os familiares afetados deveriam comprovar o abalo mental¹⁵⁶. Assim, fixou indenização no montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar direto e de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para aqueles outros que comprovassem o dano moral¹⁵⁷. Além de garantir a compensação pecuniária aos familiares, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro a oferecer tratamento psicológico ou psiquiátrico gratuito àqueles familiares que solicitassem¹⁵⁸.

A Corte Interamericana também condenou o Brasil a realizar a investigação dos fatos, garantindo a persecução penal e a punição dos agentes estatais culpados pelas violações de direitos humanos ocorridas na guerrilha do Araguaia¹⁵⁹; a continuar as buscas ao paradeiro das vítimas e dos seus corpos, caso mortas¹⁶⁰; a publicar a sentença do caso Gomes Lund no Diário Oficial nacional, no site oficial da República brasileira, além de publicar o resumo oficial da sentença em um jornal de grande circulação¹⁶¹; a realizar ato público reconhecendo sua responsabilidade internacional, “mediante uma cerimônia pública em presença de altas autoridades nacionais e das vítimas do presente caso”¹⁶².

Como garantia de não repetição, aquele tribunal internacional condenou o Estado brasileiro a promover cursos sobre direitos humanos nas suas Forças Armadas; a adotar medidas legislativas para tipificar o delito de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico

¹⁵⁵ Ibidem, p. 75.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 87.

¹⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. p. 110.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 99.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 96.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 97.

¹⁶¹ Ibidem, p. 100.

¹⁶² Ibidem, p. 101.

doméstico; a tornar públicos todos os documentos relacionados à guerrilha em comento; e a implementar uma comissão da verdade, visando apurar os fatos delituosos.

Apesar de aparentemente conflitantes em relação à validade da Lei de Anistia, as decisões do STF e da Corte IDH tiveram parâmetros diferentes. A primeira decisão afirmou a compatibilidade da Lei de Anistia com a Constituição, enquanto a segunda afirmou a sua inconvenção (incompatibilidade com o tratado internacional).

Na visão de Martins, os julgamentos da ADPF 153 e do caso Gomes Lund tiveram até mesmo objetos diferentes. Segundo a referida autora, a ADPF 153 teve como objeto a interpretação da Lei de Anistia conforme os preceitos constitucionais, enquanto o julgamento do caso Gomes Lund teve como objeto o desaparecimento forçado de militantes políticos e camponeses no contexto da guerrilha do Araguaia, visando “reparar os familiares das vítimas, através do esclarecimento dos fatos, da responsabilização individual, e de publicidade de informações e do paradeiro das vítimas desaparecidas”, tendo como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶³.

Por fim, insta esclarecer que as autoridades nacionais, sobretudo os órgãos jurisdicionais, devem aplicar a sentença da Corte IDH, sendo despicienda qualquer autorização legislativa ou iniciativa de qualquer dos Poderes neste sentido. Em relação a isto, Rothenburg afirma que

O reconhecimento da prioridade das decisões de Cortes internacionais, quando favoráveis aos direitos fundamentais, compete às mais diversas autoridades nacionais. Os órgãos judiciários internos devem aplicar diretamente tais decisões internacionais e não dependem, para tanto, da edição de lei pelo Parlamento, conforme já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos. Não se deve confundir, assim, a validade interna do texto normativo (tratado, convenção...) de Direito Internacional, que está condicionado à internalização (normalmente por meio de lei do Poder Legislativo), com a validade interna das decisões internacionais, que pressupõem a validade dos textos normativos de Direito Internacional em que se baseiam, mas que não dependem de interposição legislativa e devem ser aplicadas diretamente, inclusive pelas autoridades judiciárias internas.¹⁶⁴

3.3. A ANISTIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

¹⁶³ MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade**: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10349>. Acesso em: 25 set. 2021. p. 149

¹⁶⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 689-690.

O estudo dos precedentes da Corte IDH sobre leis de anistia é de suma importância, eis que, como já explicitado no capítulo concernente ao controle de convencionalidade, os juízes nacionais devem levar em consideração o bloco de convencionalidade, composto pelos tratados, costumes, e jurisprudência dos órgãos regionais e globais de proteção dos direitos humanos. De fato, a decisão da Corte de San José acerca da invalidade da Lei de Anistia brasileira não destoou da sua histórica jurisprudência. É sobre isto que trataremos doravante.

A primeira decisão da Corte Interamericana envolvendo uma lei de anistia foi proferida em 14 de março de 2001, no julgamento do caso *Barrios Altos vs. Peru*. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana e objetivava responsabilizar o Estado peruano pela atuação ilegal do seu exército ocorrida em 03 de novembro de 1991, na localidade conhecida como Barrios Altos, na cidade de Lima, durante uma festa, e que culminou na execução de 15 jovens e lesão corporal grave de outros quatro. As execuções ocorreram no contexto da ditadura de Alberto Fujimori, que governou o país entre 1990 e 2000.¹⁶⁵

Subjacente às execuções sumárias e lesões corporais estava a validade das Leis nº 26.479/1995 e nº 26.492/1995, ambas concessivas de anistia. A primeira delas impedia a responsabilização dos militares, policiais e civis que tivessem cometido violações de direitos humanos entre 1980 e 1995. Já a segunda impedia que o Judiciário realizasse controle de constitucionalidade da anistia concedida. Tais atos normativos obstavam, portanto, a persecução penal dos militares integrantes do “esquadrão de eliminação” que participaram da execução em Barrios Altos.¹⁶⁶

Na sentença do caso *Barrios Altos*, a Corte Interamericana responsabilizou o Estado peruano pela violação dos artigos 4 (direito à vida), 5 (integridade pessoal), 8 (garantias judiciais), 25 (proteção judicial) da Convenção Americana. Ademais, a Corte entendeu também que, em razão das leis de anistia, o Peru descumpriu os artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) do mencionado tratado.¹⁶⁷

Especificamente em relação às leis de anistia, a Corte fundou o entendimento de que são inadmissíveis as leis que impeçam a investigação e a punição daqueles que tenham sido responsáveis por graves violações de direitos humanos, a exemplo das práticas de tortura,

¹⁶⁵ 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 19 out. 2021. p. 2-3.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 17.

execuções sumárias e desaparecimentos forçados. Aquele órgão internacional ressaltou ainda que o Estado tem o dever de modificar a legislação interna para adequá-la à Convenção.¹⁶⁸

Neste caso, ficou evidente tratar-se de uma situação de autoanistia, já que as leis foram aprovadas subitamente, sem que houvesse prévia discussão ou publicidade, servindo apenas aos interesses daqueles que estavam no poder. Diante disto, a Corte Interamericana ponderou ser “manifesta [a] incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Para este tribunal, “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”. Assim, tais leis de anistia também não poderiam ser invocadas em outros casos envolvendo violações dos direitos previstos no Pacto de San José.¹⁶⁹

Fato interessante é que a sentença proferida no caso Barrios Altos teve impacto também na Argentina, que declarou nula sua lei de anistia com base naquela decisão, o que demonstra o elevado respeito do Estado argentino em relação às decisões da Corte Interamericana¹⁷⁰.

A Corte IDH também apreciou a validade de uma lei de anistia no *leading case* Comunidade Moiwana vs. Suriname, julgado em 15 de junho de 2005. Neste caso, a Comissão pediu a responsabilização do Suriname pelas violações cometidas pelo seu exército, que, em 29 de novembro de 1986, durante uma operação, matou 39 membros da comunidade indígena Moiwana, dentre os quais havia crianças, mulheres e idosos. A operação destruiu a propriedade daquela comunidade indígena e obrigou os sobreviventes a fugir.¹⁷¹

Em 19 de agosto de 1992, o presidente do Suriname promulgou lei que concedia anistia a certos crimes cometidos entre janeiro de 1985 e agosto de 1992. A própria lei excluía expressamente do seu âmbito de proteção os crimes de lesa-humanidade praticados naquele período. A despeito desta disposição legal, os crimes praticados contra a comunidade N’djuka Maroon de Moiwana nunca foram devidamente investigados, nem punidos os culpados. Em consequência da impunidade, os sobreviventes não puderam retornar às suas terras.¹⁷²

¹⁶⁸ Ibidem, p. 15.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 15.

¹⁷⁰ MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade**: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/10349>>. Acesso em: 25 set. 2021. p. 155.

¹⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em 19 out. 2021. p. 33.

¹⁷² Ibidem, p. 2.

Apesar de o Suriname ter ratificado a Convenção Americana no ano de 1987, oportunidade em que também aceitou a competência da Corte Interamericana, este tribunal regional declarou-se competente para apreciar uma série de ações e omissões ocorridas após a adesão do Estado à jurisdição da Corte IDH. Dentre as principais violações apreciadas pela Corte Interamericana estavam o direito de circulação, residência e propriedade, dado que os indígenas continuavam impedidos de retornar às terras tradicionais, e as violações às garantias judiciais, considerando a obrigação permanente do Estado de investigar, processar e punir os culpados pelo massacre.¹⁷³ Além disso, a Corte IDH considerou que a demora irrazoável nas investigações constitui, por si só, uma violação às garantias judiciais.¹⁷⁴

A Corte IDH também ressaltou a impossibilidade de o Estado invocar disposições de direito interno para escusar-se das obrigações assumidas no plano internacional. A sentença deixa evidente a total contrariedade da Corte Interamericana às leis nacionais que coloquem obstáculos à investigação e correspondente punição de execuções extrajudiciais e arbitrárias, conforme se vê do excerto a seguir colacionado:

163. [...] la Corte considera que la gravemente deficiente investigación de Suriname sobre el ataque de 1986 a la aldea de Moiwana, la obstrucción violenta de justicia y el largo período transcurrido sin que se logre el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables han violentado las normas de acceso a la justicia y debido proceso establecidas en la Convención Americana. 164. En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana. 166. [...] en respuesta a las ejecuciones extrajudiciales que ocurrieron el 29 de noviembre de 1986, el primer remedio que el Estado debió haber aportado era una investigación y un proceso judicial efectivos y pronto, tendientes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas. 167. Como el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones, **ninguna ley o disposición interna – incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción – podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.** Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva. [...].¹⁷⁵ (grifo nosso)

Em 26 de setembro de 2006, a Corte IDH julgou o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, submetido pela Comissão Interamericana em razão da falta de investigação e punição dos culpados pela execução extrajudicial e arbitrária do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano. A razão para inércia do Estado neste caso era o Decreto Lei nº 2.191/1978, que

¹⁷³ Ibidem, p. 11.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 68.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 68-69.

anistiou crimes ocorridos em parte do período da ditadura de Augusto Pinochet, que governou o país de 1973 a 1990.¹⁷⁶

Sucedo ainda que o Chile reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1990, apenas em relação a fatos posteriores à data da adesão. Assim, a despeito de o homicídio do senhor Almonacid ter ocorrido em 17 de setembro de 1973, a Corte IDH entendeu que houve fatos e consequências daquele ato que se alongaram até momento posterior à adesão do Chile à jurisdição do tribunal internacional. Por esta razão, para a Corte IDH, seria possível a análise da desídia estatal em relação à investigação e punição dos culpados pela execução extrajudicial em comento.¹⁷⁷

A Corte de San José considerou o Decreto Lei nº 2.191/1978 como uma “autoanistia, posto que foi emitido pelo próprio regime militar para subtrair da ação da justiça, principalmente, seus próprios crimes”. Além disso, o tribunal afirmou que o fato de o decreto-lei não estar sendo aplicado pelo Judiciário chileno em inúmeros casos desde 1998 não seria suficiente para satisfazer a obrigação do Estado de adotar medidas internas visando adequar o seu ordenamento jurídico à Convenção Americana. Segundo a Corte IDH, o artigo 2 do Pacto de San José impõe aos Estados-parte a obrigação legislativa de suprimir normas contrárias àquele diploma normativo, mesmo porque a interpretação dos tribunais internos poderia mudar ao longo do tempo, voltando a aplicar a anistia, considerando que o ato normativo continuava vigente.¹⁷⁸

A Corte Interamericana assentou que a ratificação do Pacto de San José por um Estado vincula os juízes nacionais, que devem deixar de aplicar os atos normativos domésticos que sejam contrários àquela normativa internacional, levando em consideração não apenas o tratado em si, mas também a interpretação da Corte.¹⁷⁹

O voto concordante do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade foi notável em relação à análise da invalidade jurídica da lei de anistia em relação aos crimes de lesa-humanidade. Vejamos trecho do voto de Cançado Trindade:

5. [...] Cabe, de início, recordar que as verdadeiras leis não podem ser arbitrarias, não possuem nome e sobrenome dos que se consideram estar acima delas. Contam com certo grau de abstração, inevitável na operação do Direito. Consagram princípios, que as informam e as conformam, e lhes dão vida própria, sendo apreendidos pela razão humana, a *recta ratio*. Dão expressão a valores que se mostram sempre presentes. 7.

¹⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf> >. Acesso em 19 out. 2021. p. 2.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 52.

As autoanistias estão longe de satisfazer todos estes requisitos. **As autoanistias não são verdadeiras leis, porquanto são desprovidas de seu necessário caráter genérico, da ideia do Direito que as inspira (essencial inclusive para a segurança jurídica), e de sua busca pelo bem comum. Nem sequer buscam a organização ou regulamentação das relações sociais para a realização do bem comum. Tudo o que pretendem é subtrair da justiça determinados fatos, encobrir graves violações de direitos e assegurar a impunidade de alguns. Não satisfazem os mínimos requisitos de leis, ao contrário, são aberrações antijurídicas.** [...] 17. A autoanistia viola, per se, por sua própria existência, os artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana, obstrui o acesso à justiça por parte das vítimas ou de seus familiares (artigos 25 e 8 da Convenção), impede a investigação dos fatos (requerida pelo artigo 1(1)) da Convenção, impossibilita a realização da justiça e a concessão de reparações adequadas. Acarreta, em suma, as mais flagrantes obstrução e denegação de justiça, deixando as vítimas e seus familiares no mais completo e inadmissível desamparo.¹⁸⁰ (grifo nosso)

Cançado Trindade ressalta ainda que é possível que um único ato de grave violação a direitos humanos seja reconhecido como um crime de lesa-humanidade, desde que perpetrado dentro um contexto de sistematicidade. Assim, ele segue afirmando que “atos isolados de um perpetrador, caso planejados pelo Estado, formando uma prática ‘sistemática’ em execução de uma ‘política de Estado’, constituem crimes contra a humanidade”.¹⁸¹

Neste sentido, a Corte fixou o entendimento de que são inválidas leis de anistia que obstem a apreciação de violações de direitos humanos pelo judiciário, impedindo a punição dos criminosos, sobretudo as leis de autoanistia e aquelas que concedam perdão a crimes de lesa-humanidade.

Em casos mais recentes, fica evidente que a jurisprudência da Corte IDH tem se mantido firme em relação à invalidade das leis de anistia. Em 24 de fevereiro de 2011, a Corte Interamericana julgou o caso *Gelman vs. Uruguai*, que versava sobre o desaparecimento forçado de Maria Claudia García Iruretagoyena de Gelman. A vítima, que estava grávida à época do ocorrido, foi sequestrada na Argentina em 1976 e posteriormente levada ao Uruguai, onde teria sido executada. No entanto, seus restos mortais jamais foram encontrados. O crime foi atribuído a uma ação conjunta de militares argentinos e uruguaios no contexto da Operação Condor.¹⁸²

O caso não havia sido devidamente apurado pelas autoridades responsáveis porque o Parlamento Uruguaio aprovou a Lei de Caducidade em 22 de dezembro de 1986, estabelecendo

¹⁸⁰ Ibidem, p. 67-71.

¹⁸¹ Ibidem, p. 75.

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em 23 out. 2021. p. 4.

a perda da pretensão punitiva do Estado em relação aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 por militares e outros agentes estatais no exercício de suas funções.¹⁸³

Em 1988, no bojo do julgamento de ações de inconstitucionalidade apresentadas por representantes de vítimas e de familiares de desaparecidos no contexto da ditadura, a Suprema Corte do Uruguai declarou inconstitucional a Lei de Caducidade, decisão esta que, de acordo com o ordenamento jurídico uruguaio, ostenta efeitos meramente *inter partes*.¹⁸⁴

A Corte IDH, por sua vez, declarou inválidos os dispositivos da Lei de Caducidade uruguaia que impediam a investigação das graves violações de direitos humanos. Ressaltou ainda que a anistia, além de promover a impunidade, impede o acesso das vítimas e de seus familiares à verdade e à correspondente compensação pelos danos.¹⁸⁵

A Corte Interamericana ponderou que o simples fato de a lei anistia uruguaia ter sido promulgada em um contexto democrático – após o fim do regime de exceção – e de ter sido submetida a referendo popular¹⁸⁶ não implica necessariamente em legitimidade deste diploma normativo perante o direito internacional¹⁸⁷. Na verdade, na visão da Corte, o problema das leis de anistia não é formal, e sim material:

229. La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.¹⁸⁸

Em 25 de outubro de 2012, a Corte IDH julgou o caso *Massacres de El Mozote e lugares próximos vs. El Salvador*, no âmbito do qual também se discutia a validade de lei de anistia. O caso se referia à execução de cerca de mil civis, incluindo várias crianças, cometida por

¹⁸³ Ibidem, p. 46.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 48.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 67.

¹⁸⁶ De acordo com a sentença da Corte IDH, em 1989, cidadãos e familiares de vítimas do regime militar uruguaio coletaram assinaturas de 25% do eleitorado para a realização de consulta popular visando invalidar a Lei de Caducidade. No referendo, no entanto, a maioria dos votantes foi favorável à manutenção da lei de anistia. (Ibidem, p. 69)

¹⁸⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 67.

militares entre os dias 11 e 13 de dezembro de 1981 em El Salvador. Os massacres ocorreram no contexto de conflitos armados durante a operação denominada de “contrainsurgência”.¹⁸⁹

No ano de 1992, a Assembleia Legislativa de El Salvador aprovou a Lei de Reconciliação Nacional, que instituiu anistia em relação aos crimes cometidos durante os conflitos armados. Nada obstante, esta lei excepcionou do âmbito de sua proteção pessoas que “tivessem participado em graves fatos de violência”¹⁹⁰. Entretanto, em 20 de março de 1993, o Parlamento salvadorenho aprovou a Lei de Anistia Geral para a Consolidação da Paz, que estendeu a graça também àqueles que tivessem praticado de “graves fatos de violência”, revogando a ressalva feita pela lei anterior.¹⁹¹

A Corte considerou o fato de as leis de anistia, neste caso, se referirem a delitos cometidos numa situação de conflito armado. Por esta razão, o tribunal entendeu ser aplicável à espécie o Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949, que permite a edição de leis de anistia para fazer cessar conflitos armados. Todavia, segundo a Corte, mesmo nesta hipótese, persiste a obrigação estatal de investigar e julgar crimes de guerra e de lesa-humanidade¹⁹². Por isto, a Corte Interamericana reconheceu a invalidade dos dispositivos da Lei de Anistia Geral para a Consolidação da Paz que impedem a investigação e punição das graves violações de direitos humanos¹⁹³.

Neste caso, aquele tribunal internacional reconheceu que o direito à verdade, tão caro quando se fala de informações de interesse público envolvendo fatos pretéritos, é um direito autônomo e independente, mesmo que não esteja explícito no texto da CADH. Segundo a Corte IDH, o direito à verdade pode ser extraído dos artigos 1.1, 8, 25, e 13 do Pacto de San José. Diante disto, a Corte afirma que o Estado tem obrigação de proporcionar o acesso a informações relevantes sobre os fatos da lide, mormente porque foram agentes estatais que promoveram os massacres.¹⁹⁴

Em 15 de março de 2018, a Corte Interamericana julgou o caso Herzog vs. Brasil, que também versava sobre a Lei de Anistia brasileira de 1979 e as violações de direitos humanos

¹⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso dos massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador**. Sentença de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/ec3b81591b16fffe3875abe2ea5c74f0.pdf>>. Acesso em 26 out. 2021. p. 4.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 112.

¹⁹¹ Ibidem, p. 113.

¹⁹² Ibidem, p. 110-111.

¹⁹³ Ibidem, p. 114-115.

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso dos massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador**. Sentença de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/ec3b81591b16fffe3875abe2ea5c74f0.pdf>>. Acesso em 26 out. 2021. p. 115.

ocorridas durante a ditadura civil-militar de 1964. Mais uma vez o Brasil foi condenado, e a Corte de San José reafirmou o seu entendimento explicitado no julgamento do caso Gomes Lund sobre a referida lei brasileira.¹⁹⁵

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em 16 nov. 2021.

4. CRITÉRIO PARA A RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS DECISÓRIAS: QUAL DECISÃO DEVE PREVALECER?

Como já demonstrado, a Lei de Anistia brasileira de 1979 foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que inaugurou, no Brasil, um conflito decisório entre um tribunal constitucional e um tribunal internacional.

Em suma, a Corte Suprema brasileira entendeu ser constitucional a interpretação da lei de anistia no sentido de que estariam perdoados não apenas os crimes políticos cometidos pelos opositores da ditadura de 1964, mas também os ilícitos penais praticados pelos agentes estatais encarregados da repressão.

Por outro lado, meses depois do julgamento do STF, a Corte de San José estabeleceu a nulidade das “disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos”¹⁹⁶. A Corte Interamericana afirmou ainda que “a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos”¹⁹⁷.

Diante destas duas decisões, surge a controvérsia acerca de qual veredito deve prevalecer, se o do STF, proferido em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, se o da Corte IDH, proferido em controle de convencionalidade incidental realizado no julgamento do caso Guerrilha do Araguaia.

No caso da antinomia normativa, já restou evidente que os Estados-partes do Pacto de San José apenas podem invocar disposições de direito interno em detrimento das normas internacionais sobre direitos humanos quando as normas nacionais protejam em maior grau os indivíduos. Isto decorre do princípio *pro homine* ou *pro persona*, que rege o direito internacional dos direitos humanos. Já em relação às antinomias decisórias, que surgem justamente do conflito entre decisões de cortes nacionais e internacionais, entendemos que o critério para a sua resolução deve ser diferente, devendo-se aplicar a teoria do duplo controle.

A teoria do duplo controle reconhece a atuação em separado dos controles de convencionalidade e constitucionalidade. Estes dois circuitos são, sob tal perspectiva, absolutamente autônomos. Por conseguinte, os atos jurídicos nacionais devem ser compatíveis com os fundamentos do direito interno e do direito internacional, de sorte que a

¹⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021. p. 65.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 64.

incompatibilidade do ato com a Constituição nacional ou com o tratado sobre direitos humanos deve levar à destituição da sua validade jurídica.¹⁹⁸

Semelhantemente, André de Carvalho Ramos reconhece que todo ato interno deve obediência aos crivos dos controles de convencionalidade e de constitucionalidade¹⁹⁹. O referido autor preleciona que, se o ato jurídico nacional não superar qualquer um daqueles crivos, o Estado deve “envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados”.²⁰⁰

Exige-se, portanto, das normas nacionais uma dupla compatibilidade vertical. Sendo assim, o conflito entre as decisões do STF e da Corte Interamericana em relação à Lei de Anistia é apenas aparente, considerando que as duas análises se situam em esferas diversas e autônomas. Com efeito, se a Lei de Anistia não resistiu ao controle de convencionalidade, este ato, ou pelo menos parte dele, deve ser invalidado.

A propósito, consideramos que a Constituição brasileira de 1988 fomenta a realização do controle de convencionalidade, eis que este diploma jurídico-político consagrou a prevalência dos direitos (artigo 4º, inciso II); a cláusula de abertura material para os direitos humanos (artigo 5º, §2º); o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, §4º); e o apoio à criação de um tribunal internacional dos direitos humanos (artigo 7º do ADCT).²⁰¹

Seguindo este mesmo entendimento, Roberto Figueiredo Caldas, juiz da Corte de San José de 2013 a 2018, afirma que o cumprimento das decisões da Corte IDH não implica em afronta à soberania estatal. Na verdade, segundo ele, a própria ratificação do tratado internacional pelo Estado é feita através do exercício de soberania, já que os países são livres para aderir ou não às normativas internacionais. Mas, uma vez internalizado o tratado, o ente não pode escusar-se do seu cumprimento.²⁰²

¹⁹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 684.

¹⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. L.], v. 106, n. 106-107, p. 497-524, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 12 nov. 2021. p. 520.

²⁰⁰ Idem. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 419.

²⁰¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 684.

²⁰² CALDAS, Roberto Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, n. 19, p. 393-415, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32196.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021. p. 410.

A ratificação do Pacto de San José e o reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil ocorreram em observância a dispositivos da Constituição Federal brasileira de 1988. Logo, “descumprir sentenças da Corte IDH constituiria, assim, mácula à decisão soberana brasileira de a ela se submeter”.²⁰³

Por fim, mesmo que não se aplicasse a teoria do duplo controle neste caso, o próprio reconhecimento do status de suprallegalidade ao Pacto de San José atribui a este tratado efeito paralisante em relação às leis infraconstitucionais que lhe sejam contrárias, motivo pelo qual a Lei de Anistia também não subsistiria.

Cumpra assinalar que o Conselho Federal da OAB opôs embargos de declaração em face do acórdão do STF na ADPF nº 153. Esta será uma excelente oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal modifique sua postura em relação à Lei de Anistia.

Demonstrada a invalidade dos dispositivos da Lei de Anistia que impedem a punição dos agentes públicos encarregados da repressão pelo regime militar, cabe analisar como a sentença foi recebida pelos órgãos nacionais.

4.1. TENTATIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA NO CASO GOMES LUND

Neste tópico, abordaremos justamente algumas medidas que foram tomadas no âmbito nacional visando à implementação de todos os pontos da sentença da Corte IDH no caso Guerrilha do Araguaia.

O Estado brasileiro criou o Grupo de Trabalho do Araguaia (GTA) e iniciou intenso trabalho de buscas dos restos mortais dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. O Brasil procedeu também ao pagamento das indenizações impostas pela Corte IDH. Ademais, o Legislativo editou a Lei sobre a Comissão Nacional da Verdade (Lei 12.528/2011) e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).²⁰⁴ Outras iniciativas também foram tomadas no âmbito do Poder Legislativo, mas ainda não foram de fato implementadas.

Logo após a prolação da decisão da Corte de San José que condenou o Brasil no caso Gomes Lund, o senador Vital do Rêgo, à época filiado ao MDB/PB, apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 245/2011, para tipificar o crime de desaparecimento forçado e torná-lo

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>. Acesso em: 11 nov. 2021.

hediondo, cominando pena inicial de reclusão de 2 a 6 anos. O projeto estabelece a punição daqueles que privarem alguém da liberdade por mais de 48 horas, em nome do Estado ou de grupo paramilitar. Além disto, a proposta legislativa prevê também o tipo de desaparecimento forçado qualificado²⁰⁵, cuja pena pode chegar a 30 anos de reclusão e multa. O PL do Senado nº 245/201 foi aprovado na Casa iniciadora, mas ainda está pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados, onde tramita sob a denominação de Projeto de Lei nº 6.240/2013.²⁰⁶

Em 2020, o deputado federal Paulo Fernando dos Santos (PT/AL), juntamente com outros membros do Parlamento, apresentou o Projeto de Lei nº 5.215/2020, que dispõe sobre a prevenção e repressão ao desaparecimento forçado de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. O projeto prevê, *inter alia*, alterações ao Código Penal, para tipificar o crime de desaparecimento forçado²⁰⁷, bem como tipo qualificado do mesmo ilícito, de modo semelhante ao PL do Senado nº 245/2011 (Projeto de Lei nº 6.240/2013).²⁰⁸

Este último projeto de lei estabelece também alterações ao Código de Processo Penal, dispondo que, no combate ao crime de desaparecimento forçado, o Ministério Público ou o delegado de polícia poderão “requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados [...] que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso”. O referido PL ainda não foi votado na Casa iniciadora.²⁰⁹

Além das iniciativas no âmbito do Legislativo, o Poder Judiciário foi instado a manifestar-se especificamente em relação à invalidade da Lei de Anistia. Em maio de 2014, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 320, pedindo ao Supremo Tribunal que determine o cumprimento integral da decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund; declare que as disposições da Lei de Anistia 1979 não se aplicam às graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos militares ou civis; e que reconheça que a anistia não

²⁰⁵ Configura-se o crime de sequestro qualificado, nos termos do projeto de lei, “quando houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resultar aborto, lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, ou morte”.

²⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 245/2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100177>>. Acesso em 12 nov. 2021.

²⁰⁷ Nos termos do PL nº 5.215/2020: “constitui crime de desaparecimento forçado a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei”.

²⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.215/2020**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265457>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

²⁰⁹ *Ibidem*.

se aplica aos crimes continuados ou permanentes que se alongaram para além do dia 15 de agosto de 1979, fim do período abarcado pelo perdão.²¹⁰ A Procuradoria-Geral da República, à época sob o comando de Rodrigo Janot, fundamentou seu parecer na ADPF 320 com base na teoria do duplo controle, sustentando que

[...] não existe conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a da Corte Interamericana no caso GOMES LUND. O que há é exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional.²¹¹

Atualmente, os autos da ADPF nº 320 estão conclusos ao relator, ministro Luiz Fux.

O julgamento do caso Gomes Lund também levou o Ministério Público Federal a criar a Força Tarefa Araguaia (FTA) visando investigar os fatos ocorridos durante a guerrilha em comento. Em decorrência das investigações, o MPF começou a ajuizar ações penais contra agentes públicos que participaram da repressão aos opositores da ditadura de 1964. Nas denúncias, o MPF imputa aos acusados os crimes de sequestro, tortura, homicídio e ocultação de cadáver.²¹²

Em 18 de junho de 2021, o MPF conseguiu a primeira condenação de um militar²¹³. O juiz federal Silvio Cesar Arouck Gemaque, da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo, condenou o delegado aposentado Carlos Alberto Augusto pelo sequestro do ex-fuzileiro naval Edgar de Aquino Duarte, desaparecido desde 1971, no contexto da perseguição aos opositores do regime de exceção então vigente. À época do ocorrido, Carlos Alberto, conhecido como “Carlinhos Metralha”, era investigador de polícia lotado no Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), um dos principais órgãos de repressão política da ditadura. A vítima teria sido presa e levada ao DOPS e nunca mais foi vista novamente.²¹⁴

²¹⁰ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320**. Ajuizada em 15 de maio de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5892287&preID=4574695&ad=s#>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

²¹¹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320**. Parecer de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://justicadetransicao.mpf.mp.br/documentos-1/ATU_4_parecer_PGR_ADPF_320.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

²¹² MPF ACUSA 8 MILITARES E UM MÉDICO POR CRIMES COMETIDOS PELA DITADURA NO ARAGUAIA. **Carta Capital**, 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mpf-acusa-8-militares-e-um-medico-por-crimes-cometidos-pela-ditadura-no-araguaia/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²¹³ NADIR, Patrícia. Pela 1ª vez, Justiça condena ex-agente da ditadura militar por crimes políticos. **Poder360**, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/pela-1a-vez-justica-condena-ex-agente-da-ditadura-militar-por-crimes-politicos/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²¹⁴ BRASIL. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Sentença na Ação Penal nº 0011580- 69.2012.4.03.6181**. Decisão judicial proferida em 18 de junho de 2021. Disponível em:

O juízo de primeira instância condenou o senhor Carlos Alberto a 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática de sequestro qualificado (artigo 148, §2º, do Código Penal). Em determinado trecho da minuciosa sentença, o juiz afirma que o delito não está abrangido pela lei de anistia, considerando que se trata de crime permanente que continuou produzindo efeitos para além do período abarcado pelo perdão. Além disso, o magistrado considerou que os tratados internacionais impõem a punição do ilícito de desaparecimento forçado, o qual classificam como crime contra humanidade e, portanto, imprescritível e inaniistável. Segundo o juiz,

A responsabilização de eventuais crimes de sequestro, crime permanente cuja consumação se protraí no tempo, praticados no contexto da repressão da ditadura, não está alcançado pela Lei de Anistia, seja por esse fato, isto é, pela perenidade de seus efeitos no tempo, seja também pelos inúmeros tratados internacionais dos quais o país faz parte e que classificam o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade, mesmo à época de vigência da Lei de Anistia. Trata-se de verdadeiro *jus cogens* cuja aplicação não pode passar despercebida. Importante consignar ainda a existência da ADPF 320, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, ainda pendente de julgamento pelo STF acerca da aplicação ou não da lei de anistia quanto aos crimes permanentes.²¹⁵

Além disto, a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) tornou réu o sargento Antonio Waneir Pinheiro de Lima, acusado de ter praticado crimes de sequestro qualificado, cárcere privado e estupro no contexto da ditadura.²¹⁶ O referido órgão do TRF-2 sustentou que os aludidos crimes não são passíveis de anistia ou prescrição. Considerou ainda que o reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 pelo STF não impede a realização do controle de convencionalidade da Lei de Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Vejamos importante trecho do acórdão em comento:

A constitucionalidade de uma norma não implica, necessariamente, na sua convencionalidade, eis que os chamados “Controle de Constitucionalidade” e “Controle de Convencionalidade” são mecanismos diversos de aferição da compatibilidade de uma lei com norma de hierarquia superior, com parâmetros distintos. As graves violações de direitos humanos perpetradas contra a população civil (torturas, espancamentos, ofensas sexuais, sequestros, desaparecimentos forçados, e outros) foram usadas no Brasil, durante todo o regime ditatorial, como mecanismos institucionais de controle e repressão estatal de opositores políticos e perseguidos do regime. Integravam e determinavam, portanto, a política de Estado adotada pelos detentores do Poder à época, de modo que os crimes praticados nessa conjuntura configuram crime de lesa-humanidade, cuja definição já era prevista em normas de direito internacional na data dos fatos tratados nesta ação penal. A categoria de “crime contra humanidade” refere-se à uma qualificação atribuída pela comunidade internacional a crimes já conhecidos e comumente previstos nas

<https://static.poder360.com.br/2021/06/%E2%80%8Ewww.mpf_mp_brspsala-de-imprensadocs-sentenca-caso-edgar-aquino.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 64.

²¹⁶ TRF-2 TORNA RÉU SARGENTO ACUSADO DE TORTURAR SOBREVIVENTE DA CASA DA MORTE. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/sargento-acusado-torturar-sobrevivente-casa-morte-vira-reu>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

legislações internas, quando praticados em um dado contexto histórico de ataques sistemáticos e generalizados à população civil, e não um delito autônomo que carece de tipificação. Os delitos imputados são estupro e sequestro, figuras típicas previstas em nosso Código Penal em 1971. Na medida em que o Estado brasileiro impede a persecução criminal de um suposto autor de crime de lesa-humanidade, com base na Lei de Anistia, contraria norma de observância imperativa no cenário internacional (com status de jus cogens): a obrigatoriedade de investigar e, se for o caso, punir civil e criminalmente a conduta. À luz das normas de direito internacional e da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação da Lei de Anistia para impedir o prosseguimento de processos penais ajuizados em desfavor de supostos autores de crimes contra humanidade viola os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, além dos artigos 1.1 e 2. As condenações do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos Gomes Lund e Outros vs. Brasil e Herzog e Outros vs. Brasil decorreram diretamente da omissão do Poder Judiciário em adotar a Convenção Americana como parâmetro de controle de convencionalidade da Lei 6.683/79, após 10 de dezembro de 1998, data de ratificação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos). As decisões e as interpretações da Convenção Americana de Direitos Humanos proferidas pela Corte Interamericana são dotadas de caráter vinculante, de maneira que os magistrados não podem mais invocar a Lei 6.683/79 para reconhecer a extinção de punibilidade dos supostos responsáveis pela prática dos crimes contra a humanidade. Em razão do efeito paralisante da norma supralegal – Convenção Americana de Direitos Humanos – são inaplicáveis os dispositivos da Lei 6.683/79 que impeçam a persecução penal de acusados de praticar crimes contra a humanidade. A aplicação de regras ordinárias internas de prescrição é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Apesar de não ter ainda ratificado a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968), o Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual contempla inequivocamente a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade, integrando-o ao nosso ordenamento. Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estatuto de Roma é também tratado internacional em matéria de direitos humanos, que não fora aprovado pelo quorum especial previsto no art. 5§ 3º da CF. Logo, assume o caráter de norma supralegal, cuja consequência é a paralisação da lei ordinária nacional, no caso a aplicação dos dispositivos referentes à prescrição para os crimes de lesa-humanidade. A imprescritibilidade dos crimes contra humanidade não é em nada incompatível com a Constituição Federal, que, inclusive, atesta que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CRFB).²¹⁷

Diante de todo o exposto, percebe-se que há, sim, iniciativas no âmbito nacional voltadas ao cumprimento da decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund. É necessário que o Poder Judiciário brasileiro, sobretudo o STF, reconheça a necessidade de obedecer o referido comando jurisdicional, até mesmo como uma forma de reafirmar a prevalência dos direitos humanos na ordem interna. Constata-se ainda a insuficiência dos mecanismos coercitivos no âmbito da OEA para a garantia das decisões da Corte de San José contra os Estados que se refugiam em disposições de direito interno para descumprir os comandos deste tribunal internacional.

²¹⁷ BRASIL. 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Acórdão do julgamento da Carta Testemunhável em Recurso em Sentido Estrito nº 0500068-73.2018.4.02.5106**. Decisão proferida em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-casa-morte.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Por fim, acompanhamos a recomendação feita por André de Carvalho Ramos sobre criação de uma secretaria voltada ao cumprimento dos comandos internacionais. Propomos, assim, que este órgão seja composto por integrantes do Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade civil organizada, para que seja discutida e fiscalizada a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, ficou demonstrada a abertura material da Constituição de 1988 aos direitos humanos. A constituição brasileira segue, portanto, a tendência do constitucionalismo global, estabelecendo pontos de contato com a ordem internacional e conferindo prevalência aos direitos humanos. Ademais, o Brasil se subordina aos sistemas regional americano e global de proteção aos direitos humanos. Conseqüentemente, antinomias decisórias e normativas destas ordens tendem a se tornar cada vez mais frequentes à medida em que tais mecanismos internacionais de proteção dos direitos do Homem se alargam.

Explicitamos que as antinomias normativas resolvem-se através da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo. Já em relação aos conflitos entre decisões das cortes nacionais e da Corte de San José, demonstramos a aplicabilidade da teoria do duplo controle, que preconiza a autonomia dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, sendo plenamente possível que uma lei ou ato interno seja considerado compatível com a Constituição nacional e incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, a incompatibilidade da lei ou ato com algum desses parâmetros leva à sua invalidação.

Desse modo, as disposições da lei de anistia que obstam a investigação e punição de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos, eis que não passaram pelo crivo do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia, nada obstante tenham sido reconhecidas como recebidas pela CRFB/88 em decisão do STF.

Deve-se considerar também que a lei de anistia possui hierarquia de norma ordinária federal, enquanto ao Pacto de San José da Costa Rica foi reconhecido o *status* de norma supralegal. Logo, aquele primeiro diploma estaria subordinado a este último, incidindo o efeito paralisante.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que o conflito entre as decisões da Corte IDH e do STF são apenas aparentes. O que poderia ser considerado um *hard case* ou um nó górdio é, na verdade, apenas um problema de falta de vontade de alguns dos órgãos internos em dar a devida eficácia às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercitar um verdadeiro diálogo entre Cortes, buscando harmonizar seu entendimento à jurisprudência da Corte de San José e aos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por fim, propomos a criação de um órgão composto por integrantes do Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade civil organizada, para que se discuta e fiscalize a

implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito nacional. Isto seria verdadeiramente um avanço na afirmação dos direitos do Homem no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: História, Imagem e Testemunho**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 25-30.
- BRASIL. 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Acórdão do julgamento da Carta Testemunhável em Recurso em Sentido Estrito nº 0500068-73.2018.4.02.5106**. Decisão proferida em 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-casa-morte.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- BRASIL. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Sentença na Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181**. Decisão judicial proferida em 18 de junho de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/06/%E2%80%8Ewww.mpf_.mp_.brspsala-de-imprensadocssentenca-caso-edgar-aquino.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.215/2020**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265457>>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Final**. v. 1. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 10 out. 2021
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320**. Parecer de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://justicadetransicao.mpf.mp.br/documentos-1/ATU_4_parecer_PGR_ADPF_320.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 245/2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100177>>. Acesso em 12 nov. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1480-3**. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153/DF**. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Abril. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Carta Rogatória nº 8.279**. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão de 04 de maio de 1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162742/carta-rogoria-cr-8279-at-stf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131/RJ**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Extradicação nº 1085**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175632/false>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Extradicação nº 855**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94279/false>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 165.438**. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 06 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20165438%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão proferido em 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 7 out. 2021.

CALDAS, Roberto Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, n. 19, p. 393-415, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32196.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

CAMPONESES do Araguaia: a guerrilha vista por dentro. Direção: Vandrê Fernandes. Roteiro: Vandrê Fernandes. Fotografia de Bruno Mitih. [S. l.]: Oka Comunicações e Fundação Maurício Grabois, 2010. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ewnO58_PBj8. Acesso em: 1 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. Controvérsias jurídicas sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. **Consultor jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CASALI BAHIA, Saulo José. O caso Fazenda Brasil Verde e o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.151 -167, Jan-Jun 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/36779/21080>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CASALI BAHIA, Saulo José. Relações do direito internacional com o direito interno. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 8(3)51-82. jul./set. 1996. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79072937.pdf>>. Acesso em 26 nov. 21.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2003. *passim*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em 19 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em 19 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/pt/entity/eobpops9bnunb3xr?page=119>>. Acesso em 09 ago. 2021.

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 19 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cesti Hurtado Vs. Perú**. Sentença de 29 de setembro de 1999. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf>. Acesso em 25 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em 19 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso dos massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador**. Sentença de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/ec3b81591b16fffe3875abe2ea5c74f0.pdf>>. Acesso em 26 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em 23 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 171. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em 16 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 14/94**. Pronunciamento de 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2128opiniaio.htm>. Acesso em 25 ago. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Editora JusPodivm: Salvador, 2011.

GRECO, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. 2003. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Filosofia e Ciência Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>. Acesso em: 3 out. 2021.

HÄRBELE, Peter. **El Estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄRBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *E-book*.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como um tribunal constitucional transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10349>. Acesso em: 25 set. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 29 set. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 181, jan./mar. 2009. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence>>. Acesso em: 29 set. 2021.

MPF ACUSA 8 MILITARES E UM MÉDICO POR CRIMES COMETIDOS PELA DITADURA NO ARAGUAIA. **Carta Capital**, 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mpf-acusa-8-militares-e-um-medico-por-crimes-cometidos-pela-ditadura-no-araguaia/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

NADIR, Patrícia. Pela 1ª vez, Justiça condena ex-agente da ditadura militar por crimes políticos. **Poder360**, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/pela-1a-vez->

justica-condena-ex-agente-da-ditadura-militar-por-crimes-politicos/. Acesso em: 11 nov. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330654>>. Acesso em: 20 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> . Acesso em 09 ago. 2021.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320**. Ajuizada em 15 de maio de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5892287&prcID=4574695&ad=s#>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 188

PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 6, p. 105-130, 2008. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e o direito interno. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, nº 4, p. 53-71 – jul./set. 2002.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e o direito interno. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. I – nº 4, p. 53 – jul./set. 2002.

RAMOS, André de Carvalho. O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>. Acesso em: 11 nov. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.]**, v. 106, n. 106-107, p. 497-524, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 12 nov. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REIS, Daniel Aarão. Ditadura, anistia e reconciliação. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, 2010, v. 23, n. 45, p. 171-186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-21862010000100008>>. Acesso em 26 out. 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, ed. 2, p. 681-706, 1 jul. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1318>. Acesso em: 27 set. 2021.

SABADELL, Ana Lúcia.; DIMOULIS, Dimitri. Anistia: a política além da justiça e da verdade. **Acervo - Revista do Arquivo Nacional**, v. 24, n. 1, p. 79-102. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/42892>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Blecaute Oliveira. Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais : uma abordagem analítico-normativa. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 73-86. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/520002>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Millôr Fernandes. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

SOUZA, Lucas Monteiro de. **A Lei de Anistia e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Guerrilha do Araguaia**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7037>>. Acesso em: 30 out. 2021.

TANG, Yi Shin. International Justice through Domestic Courts: challenges in Brazil's Judicial Review of the Amnesty Law. In: **International Journal of Transitional Justice**, Oxford University Press, 9, p. 259–277, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ijtj/ijv007>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

TRF-2 TORNA RÉU SARGENTO ACUSADO DE TORTURAR SOBREVIVENTE DA CASA DA MORTE. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/sargento-acusado-torturar-sobrevivente-casa-morte-vira-reu>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Tradução de Amílcar de Castro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ed. 6, p. 7-64, 1 out. 1966. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/993>>. Acesso em: 9 out. 2021.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Oxford University, Latin America Centre, 2011.