

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

João Ricardo Samartino Nazaro

A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA

Paranaíba - MS

2017

João Ricardo Samartino Nazaro

A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Aparecida da Cruz Duran.

Paranaíba - MS

2017

N248i Nazaro, João Ricardo Samartino

A inconvenção da lei da anistia brasileira/ João Ricardo Samartino
Nazaro / João Ricardo Samartino Nazaro. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
105f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Dra Angela Aparecida da Cruz Duran.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade
Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Soberania. 2. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. Lei da
anistia brasileira. I. Nazaro, João Ricardo Samartino. II. Universidade
Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito.
III. Título.

CDD – 341.049

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

JOÃO RICARDO SAMARTINO NAZARO

A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA

Este exemplar corresponde à redação parcial do trabalho de Conclusão de Curso que será apresentado e cuja aprovação é necessária para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Avaliada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Angela Aparecida da Cruz Duran (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Dra. Etiene Maria Bosco Breviglieri
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Dra. Claudia Karina Ladeia Batista
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Aos meus avós, João Samartino Filho e Irene Piton Samartino,
inesgotáveis fontes de compreensão e imensurável amor.

AGRADECIMENTOS

A todos que estiveram e se fizeram presentes nessa jornada, pelo crescimento proporcionado.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, a instituição, em especial a aqueles que lutam diuturnamente pelo fortalecimento do espírito humanista na universidade, priorizando a formação de seres humanos, seres plurais.

Não o Homem, mas os homens é que habitam este planeta.
A pluralidade é a lei da Terra.
Hannah Arendt

RESUMO

No ano de 2010 foram proferidas duas decisões com um objeto em comum, qual seja, a Lei da anistia brasileira (Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979), a primeira, pelo acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, em de 28 de abril de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado abstrato de constitucionalidade, e a segunda, na sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício do controle de convencionalidade. O ponto de divergência entre as decisões ocorreu no momento em que o STF declarou uma lei constitucional em conflito com a declaração de inconvenção, por estar a mencionada lei em desarmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Estado brasileiro em 22 de novembro de 1992. Sem valorar o mérito de ambas decisões, destacou-se o debate doutrinário e jurisdicional acerca de eventuais conflitos entre normas nacionais e internacionais, oriundas de tratados internacionais, em especial os de direitos humanos. Com isto, o objetivo principal do trabalho foi elencar os principais pontos da doutrina do controle de convencionalidade e dos entendimentos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, de modo a compreender a relação de (in)compatibilidade com a Lei da anistia brasileira, para tanto, formaram-se nos objetivos gerais a reflexão sobre a vigência, validade e eficácia das normas, o histórico e contexto político de mudança do direito internacional público com o surgimento do direito internacional dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial, destacando a relativização da soberania, até então entendida como absoluta pelos Estados, tendo sido relativizada soberanamente em decorrência da ratificação de tratados e convenções internacionais multilaterais que impõem condutas e limitações àqueles, levando em conta o limite ético de proteção aos direitos humanos universalmente com destaque ao contexto político da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além disso, elencaram-se alguns aspectos da doutrina do direito internacional dos direitos humanos, e por seguinte, do desenvolvimento dos sistemas global e regionais de direitos humanos, destacando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pela atuação e procedimento processual perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A metodologia utilizada na busca dos objetivos mencionados foi precipuamente bibliográfica e documental, destacando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do controle de convencionalidade e matérias referentes às leis de anistia no contexto dos Estados americanos. Por fim, o controle de convencionalidade pôde ser percebido enquanto uma atuação necessária a ser exercida principalmente pelo Poder Judiciário, sem sobrepor-se, em regra, ao controle de constitucionalidade, visto que o fim último de todo o ordenamento é garantir a dignidade da pessoa humana, buscando a solução mais benéfica a este.

Palavras-chave: Soberania. Direitos Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Lei da anistia brasileira.

ABSTRACT

In the year of 2010 two decisions were pronounced, which the object with common object, that would be, the Law of the Brazilian amnesty (Law No.6.683, August 28th, 1979), the first, by the judgement made in the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept No.153, in April 28th, 2010, by the Federal Supreme Court (STF), in the exercise of the concentrated abstract control of constitutionality, and the second, in the sentence of the case Gomes Lund and others (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brazil, in November 24th, 2010, by the Inter-American Court of Human Rights in the employment of the conventionality control. The divergence point between the sentences occurred when the STF declared a constitutional law in conflict with the declaration of unconstitutionality, for being, the mentioned law, in disharmony with the American Convention about Human Rights, ratified by the Brazilian state in November 22nd, 1992. Without assessing the merits of both decisions, the doctrinal and jurisdictional debate were highlighted regarding eventual conflicts between national and international laws, coming from international treaties, in special the ones of human rights. Therefore, the main objective of the work was to list the main points of the doctrine about the conventionality control and the understandings concerning the hierarchy of the human rights’ international treaties in the intern framework, in order to comprehend the relation of (in)compatibility with the Brazilian amnesty Law, for that matter, in the general objectives were formed the discussion about the time span, validity and efficiency of the norms, the historic and political context of change in the public international law with the rising human rights’ international law in the Post World War II, focusing on the relativism of sovereignty, until then understood as absolute by the states, it had being sovereignly relativized in consequence of the ratification of multilateral international treaties and conventions that impose conducts and limitations to them, considering the ethical limit of protection of the human rights universally with special attention to the political context of the Universal Declaration of the Human Rights from 1948. Besides that, some aspects of the doctrine regarding the human rights’ international law were included as well, by following, about the development of the global and regional human rights, emphasizing the Inter-American System of Human Rights, by the performance and procedural towards the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The methodology used on the seeking of the objectives mentioned were mainly bibliographic and documentary, focusing on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the scope of the conventionality control and related matters to the laws of amnesty in the context of the American states. At last, the conventionality control could be noticed while a necessary action to be employed mainly by the judiciary, not overlap, by rule, to the constitutionality control, once the last reason of every order is to guarantee the human person’s dignity, seeking the most beneficial solution to it.

Keywords: Sovereignty. International Law of Human Rights. Inter-American System of Human Rights. Conventionality Control. Brazilian Amnesty Law.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 –Quadro Sinóptico – Procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	44
FIGURA 2 –Quadro Sinóptico – Procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	52

SIGLAS

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CRFB/88 – Constituição de República Federativa do Brasil de 1988

COIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DUDH/48 – Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

OEA – Organização dos Estados Americanos

Vs. - Versus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 - O PROCESSO DE SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	17
1.1 - A relativização do princípio da soberania.....	17
1.2 - A internacionalização dos direitos humanos no século XX	20
Contexto evolutivo.....	20
1.3 - Elementos do direito internacional dos direitos humanos	23
1.3.1 - Considerações iniciais.....	23
1.3.2 – Conceito.....	23
1.3.3 – Terminologia.....	26
1.3.4 – Características.....	27
2 – A ESTRUTURA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO	33
2.1 - Os Sistemas de Proteção Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Pós-Guerra: contexto geral	33
2.2 - O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	37
2.2.1 - Contexto Histórico.....	37
2.2.2 - Origem, Composição Organizacional e Composição normativa	37
2.2.3 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)	39
2.2.3.1 - Origem, Estrutura Normativa e Funções.....	39
2.2.3.2 – Composição.....	40
2.2.3.3 - Procedimento Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	40
2.4 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos (COIDH)	45
2.4.1 - Origem histórica.....	45
2.4.2 - Composição, Competência, Funcionamento e Atuação.....	45
2.4.3 - Procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	53
2.5 – Conclusões Parciais	53
3 - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS	56
3.1 - Origem, Conceito e Modalidades	56

3.2 - O Controle de Convencionalidade sob o enfoque da matriz internacional: a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de controle de convencionalidade e leis de anistia.....	58
3.2.1 - A jurisprudência da Corte Interamericano de Direitos Humanos em matéria de controle de convencionalidade.....	59
3.2.2 - A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de leis de anistia, direito à vida, direito à memória e direito à verdade.....	62
3.3 - O Controle de Convencionalidade sob o enfoque da matriz nacional: a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	69
3.3.1 - Considerações iniciais.....	69
4 - A ADPF N°. 153 E O CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL: a constitucionalidade e inconvenção da Lei da anistia brasileira (Lei n°. 6.683, de 28 de agosto de 1979).....	80
4.1 - Considerações iniciais.....	80
4.2 - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.....	80
4.3 - O caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.....	88
4.4 - A supervisão de cumprimento da sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca investigar o conflito existente entre a Lei da anistia brasileira (Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) - promulgada pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, declarado em sede do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010.

Tendo em vista que a doutrina do controle de convencionalidade das leis, ensinada, entre outros, por Piovesan (2012;2016), Mazzuoli (2016) e Ramos (2016), defende que, em razão de os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro possuírem hierarquia materialmente e formalmente constitucional, materialmente constitucional, ou supralegal, deverá ser exercido um controle de convencionalidade, por meio do qual especialmente o Poder Judiciário deverá observar e adequar a legislação nacional com a internacional proveniente de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, visto o seu nível hierárquico especial no ordenamento jurídico.

De outro modo, há também o controle de convencionalidade exercido externamente pelos Tribunais ou Cortes Internacionais que atuam no âmbito dos Sistema global e regionais de proteção dos direitos humanos, cuja jurisdição abarca os Estados-membros dos tratados multilaterais de direitos humanos e, desse modo, decidem pela interpretação e aplicação das normas convencionais subjacentes à sua jurisdição e determinam a maneira que os Estados deverão abster-se, executar ou modificar seus atos até então defendidos sob o ponto de vista da soberania absoluta e deverão a seguir o determinado pelas sentenças e recomendações das Cortes Internacionais.

Nesse sentido, fez-se necessário percorrer por desdobramentos histórico-político-filosóficos percebidos em nível global desde o início da Primeira Guerra Mundial com ênfase nas mudanças ocorridas após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Tais eventos modificaram o conceito de soberania absoluta dos Estados até então absoluta, relativizando-a, no contexto de surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um novo desdobramento do Direito Internacional Público com forte influência no processo de constitucionalização dos direitos humanos percebido no século XX e XXI. Para tanto, buscou-se destacar preceitos, instruções e demonstrações feitas por Arendt (2012), Lafer (2006), Bobbio (2004), Casella (2011) Comparato (2010), entre outros, no sentido de interligar o

processo de relativização da soberania estatal com o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A partir disso, elencaram-se os principais aspectos da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacando os pontos convergentes entre as percepções de Ramos (2016), Dornelles (2003-2004), Garcia e Lazari (2016), Mazzuoli (2015) e Portela (2016), e desse modo, realçar a natureza indivisível dos direitos humanos em sua perspectiva internacional, cuja universalidade é característica.

À universalização dos direitos humanos vincula-se a criação dos Organismos Universais de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, e do mesmo modo, dos Regionais. Sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos um reconhecido marco político internacional do reconhecimento da proteção do indivíduo, do homem, ou do ser humano, seja qual for a nomenclatura adotada, no âmbito universal, além-fronteiras.

Assim, buscou-se salientar o surgimento, estrutura e formação básica do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos - cujo ápice é a Organização das Nações Unidas (ONU) - e de maneira mais detalhada, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por interessar especificamente ao objeto de estudo, qual seja, a Lei da anistia brasileira em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa sequência, trabalhou-se o contexto histórico e político de criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, cujo marco inicial se deu com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), e os órgãos de maior destaque dentro deste sistema: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foram expostos as condições fundantes, características, atuação, sistema procedimental e processual perante os mencionados órgãos, realçando o papel daqueles na proteção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados americanos que sejam membros da Convenção Americana e/ou da OEA. Assim, buscou-se esquematizar dois fluxogramas demonstrativos de procedimentos perante a Comissão e posteriormente, perante a Corte Interamericana, visando perceber como um caso de suposta violação de direitos humanos pode chegar ao conhecimento da comissão, como é processado, e depois, de que maneira poderá ser conhecido e julgado pela Corte Interamericana, podendo resultar em sanções internacionais ao Estado-violador.

Em seguida, demonstrou-se o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a convencionalidade das leis, o controle de convencionalidade executado por ela enquanto órgão intérprete último da Convenção Americana, além do controle de convencionalidade que deve ser efetuado internamente pelos Estados e os entendimentos

firmados em relação às leis de anistias e violações a direitos tais como: à vida, à memória, à verdade, em destaque às violações com cometimento de crimes de lesa-humanidade, em especial o desaparecimento forçado.

Por último, trabalhou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, na qual foi declarada a constitucionalidade da Lei da anistia brasileira, e de modo diverso, a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, condenando o Estado brasileiro pelo descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a inadequação da Lei da anistia brasileira com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, entre outras sanções impostas ao Brasil pelo cometimento de violações no contexto da Guerrilha do Araguaia durante a ditadura militar (1964-1985). Assim, mostrou-se o conflito existente entre duas Cortes cujas jurisdições se afirmam perante a mesma temática, de maneira oposta.

Assim, o objetivo geral do trabalho foi demonstrar a divergência entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal existente em decorrência da declarada inconveniência da Lei da anistia Brasileira, causadora de um paradoxo entre jurisdições e disputas de poderes que deveriam, por finalidade, garantir a maior proteção da pessoa humana enquanto sujeito de direitos, em especial a dignidade da pessoa humana.

Os objetivos específicos foram trabalhados nos três primeiros capítulos, pelos percursos históricos narrados no primeiro capítulo, tornando-se a base para a defesa dos direitos humanos de âmbito universal em face de denominadas afrontas à soberania nacional absoluta de Estados violadores de direitos humanos. E do mesmo modo, final do primeiro capítulo, como dito, consolida essas argumentos com a doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Já no segundo e terceiro, com o objetivo de esclarecer o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e sua função jurisdicional, tornaram-se base final para a demonstração do objetivo geral, qual seja, a inconveniência da Lei da anistia Brasileira.

Para tanto, a metodologia utilizada na pesquisa e desenvolvimento do trabalho foi prioritariamente bibliográfica, documental e jurisprudencial, tendo como ponto de partida lógico pela razão de que os casos debatidos são provenientes de decisões de Tribunais ou Cortes que atuam no âmbito de suas respectivas jurisdições, como também as obras doutrinárias e artigos científicos que versam e abarcam os assuntos objetivados.

O procedimento metodológico percorreu o seguinte caminho: a) a pesquisa e a escolha dos textos, autores e jurisprudências que serviriam como contraponto e complemento para o estudo; b) a leitura atenciosa e reflexiva sobre material selecionado, com o consequente

fichamento de trechos consideráveis indispensáveis para a elaboração, explicação e compreensão das ideias expostas; c) a escrita e reescrita textual conjugando os raciocínios dedutivo e indutivo no encadeamento das ideias, complementados com a reflexão e reelaboração lógico-racional daquelas, além dos elementos e posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, com o intuito de atender os objetivos e organizar o raciocínio estrutural do trabalho, o primeiro capítulo foi dedicado ao processo de relativização da soberania estatal relacionado ao processo de surgimento e fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No segundo capítulo buscou-se compreender - após uma breve introdução acerca do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos - o funcionamento e atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o intuito de relacionar ao casos contenciosos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No terceiro capítulo, elencaram-se as principais jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de Controle de Convencionalidade e Leis de Anistia no contexto dos Estados americanos, seguido da compreensão da doutrina do controle de convencionalidade sob o ponto de vista dos estudiosos que trabalham a matéria no Brasil. Por fim, no quarto capítulo, buscou-se fazer um panorama entre o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da Lei da Anistia brasileira na ADPF nº. 153 e, a contrário sensu, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sentença do caso Gomes Lund e outros. *Vs. Brasil*, declarando a inconvencionalidade daquela mencionada lei.

1 - O PROCESSO DE SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 - A relativização do princípio da soberania

Os horrores perpetrados durante as duas Guerras Mundiais mudaram a perspectiva da Comunidade Internacional em relação à necessidade de se estabelecer um patamar de proteção dos direitos humanos numa escala universal, para além da proteção interna dos Estados. Diante do risco real e iminente de extinção global, como também a percepção de uma nova força destrutiva da guerra em proporção nunca antes vivenciada, foi preciso superar os preceitos do positivismo clássico e da soberania absoluta que vinculavam as relações inter-estatais até o final do século XIX.

O principal marco dessa ruptura se deu após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), na qual as atrocidades ocorridas foram de tal magnitude a ponto de tornarem insuficientes as noções tradicionais até então utilizadas para lidar com as questões internacionais e internas dos Estados.

O sistema de Estado-Nação surgiu no bojo da Revolução Francesa (1789-1799) e vigorou até o final do século XX, como aponta Arendt (2012). Conforme a autora, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), determinou-se que aqueles direitos declarados, sob a égide da “liberdade, igualdade e fraternidade” seriam a “herança inalienável de todos os seres humanos” e ao mesmo tempo “herança específica de nações específicas”. Ou seja, reivindicavam a legitimidade de seus direitos por serem estes inerentes, na acepção jusnaturalista, à condição humana. Entretanto, não haveria nenhuma lei universal que pudesse afetar a sua soberania enquanto Estado-Nação, sendo este o único garantidor desses direitos, fortalecendo o nacionalismo tradicional.

Nisto há uma contradição que, em termos práticos, como demonstrou a autora, desvirtuou o significado original de soberania nacional enquanto exercício de liberdade do povo e abriu caminho para que Estados soberanos pudessem se utilizar desse argumento para legitimar arbitrariedades frontalmente contrárias à proteção dos Direitos do Homem, como veio a ocorrer na Alemanha Nazista do Terceiro Reich (1933).

A insuficiência do sistema de Estado-Nação nos moldes da Revolução Francesa começou a se explicitar durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) em razão do aumento do número de apátridas numa proporção nunca antes vista. Os Estados-Nação não conseguiram mais absorver o contingente populacional advindo de conflitos bélicos. Arendt (2012)

relacionou este fator com a explosão do antissemitismo na Europa durante o século XX. A situação dos apátridas levou ao colapso do precário equilíbrio de poder até então mantido pela ideologia nacionalista tradicional, havendo uma relação direta e proporcional entre o crescimento do antissemitismo moderno e o declínio do nacionalismo tradicional.¹

Com o advento da Segunda Guerra Mundial os Estados-Nação que já não tinham meios mais assegurar direitos de modo eficaz sequer aos seus nacionais, muito menos os teriam em relação aos apátridas, que se tornaram um problema mundial, inexistindo instrumentos eficazes para solucionar esta situação em qualquer que fosse o âmbito de perspectiva: interno, internacional e tampouco universal.²

A falta de mecanismos eficazes para solucionar conflitos e estabelecer proteções e garantias a direitos no âmbito universal, aliada a ideologia do Estado-Nação soberano, soberania esta irrestrita e incontestável, foram alguns dos fatores determinantes para que ocorressem violações de direitos humanos³ em proporções tais que levaram a humanidade à perplexidade diante do mal que o homem pode causar a seus semelhantes. Os parâmetros da tradição⁴ ocidental utilizados para resolver as questões da humanidade foram insuficientes para solucionar os problemas surgidos no decorrer do século XX.

Como dito anteriormente, Arendt (2012), embora se referindo à temática das origens dos regimes totalitários, demonstrou ser inegável o fato de que a soberania nacional, vista sob a ótica absoluta e inderrogável, foi um dos motivos que levaram às desumanas consequências das duas guerras mundiais ocorridas no século XX.

O ponto paradoxal da soberania é visível diante de situações nas quais os direitos humanos, de cujo fundamento o Estado soberano se vale como defensor dos interesses de seus nacionais detentores de direitos e garantias inalienáveis, são violados pela arbitrariedade

¹Na perspectiva arendtiana, os judeus não foram alvo do genocídio nazista apenas pelo fato de serem judeus. Para compreender os motivos que levaram a escolha daquele povo como inimigo objetivo do regime totalitário alemão é necessário analisar o contexto em que os Estados-nações se encontravam desde o século XVII até o século XX, como também o papel do judeu naquela comunidade de Estados. Ver sobre o tema em Arendt (2012).

² Quanto a distinção entre internacional e universal, ver: Alves [s.d.].

³ Optei pela utilização do termo “direitos humanos” ao invés de “direitos do homem”, apesar de serem expressões usualmente utilizadas como sinônimas, por “direitos do homem” remeter à concepção iluminista utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, enquanto “direitos humanos” possuem uma conotação relativa ao processo de internacionalização dos mesmos. Quanto a esta discussão, ver: Dornelles (2003-2004).

⁴ A esse respeito, consultar Arendt (2013, p. 40) para quem o problema da perda da tradição ou insuficiência desta para lidar com as perplexidades que culminaram na Segunda Guerra Mundial se fez sentir no momento em que este enfraquecimento da tradição deixou de ser uma questão de pensamento e passou ao campo da ação, ou seja, uma questão política. Além disso, ver também: Lafer (2006, p.80), que analisa e (re)conceitualiza os conceitos arendtianos de “tradição, ruptura e totalitarismo”.

soberana do próprio Estado que deveria garanti-los. Havendo a invocação desta mesma ideia soberana para eximir-se de qualquer responsabilização por violações perpetradas pelo Estado para com seus nacionais. Não podendo, em virtude disto, haver interferência externa de outros Estados ou organismos internacionais sobre a maneira pela qual o Estado soberano lida com as suas questões internas.

Este foi o posicionamento predominante no contexto internacional até o século XX. De acordo com Lafer (2006) o conceito de soberania associado à razão-de-Estado mantém relação com o processo de secularização, tendo como materialização jurídica o tratado de Paz de Vestfália (1648) no âmbito internacional e o contratualismo no interno. A concepção de direito internacional ensejada na vigência do tratado de Vestfália era calcada justamente na soberania estatal quanto aos seus assuntos internos de qualquer natureza, havendo a possibilidade de contestá-la apenas em se tratando de acordos bilaterais de natureza contratual. Este posicionamento da soberania positivista predominou como absoluto durante três séculos, servindo até hoje como fundamento daqueles que defendem a soberania irrestrita dos Estados.

Com isto, fortaleceu-se a percepção da necessidade de um mecanismo que pudesse garantir a proteção dos direitos humanos que fosse além da tutela interna dos Estados-nações para com os seus nacionais, como também das relações internacionais interestatais, e tivesse alcance e extensão universal.

De acordo com Magnoli (2008), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH/48) foi um marco histórico sem precedentes ao afirmar pela primeira vez em escala global a relevância dos direitos humanos como indispensáveis à convivência e sobrevivência da humanidade.

Ainda pela leitura de Magnoli (2008), em razão dos eventos ocorridos durante as duas Guerras Mundiais, principalmente em relação à segunda, houve um movimento político internacional no âmbito das Nações Unidas, já após a elaboração da Carta da ONU de 1945, para elaborar um documento visando proteção dos direitos humanos numa escala universal. Entretanto, diante de tensões político-ideológicas já em decorrência do início da Guerra Fria (1945-1991), limitaram a declaração à proclamar os direitos humanos de maior relevância. Contudo, mesmo diante desses impasses políticos, a DUDH/48,

[...] logrou um surpreendente consenso inter-estatal sobre a relevância dos direitos humanos, considerando a diversidade dos regimes políticos, dos sistemas filosóficos e religiosos e das tradições culturais dos Estados-membros da ONU que a proclamaram na Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral. (MAGNOLI (Org.), 2008, p.307)

Ademais, Comparato (2010, p.24) ao analisar historicamente os direitos humanos, destaca que apesar de os até então direitos naturais do homem serem inerentes a própria história da humanidade,

[...]foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Em suma, diante dos intrincados eventos históricos, políticos e jurídicos que permearam o século XX, colocou-se em dúvida o princípio da soberania absoluta dos Estados, visto, até então, como inquestionável e essencial às relações interestatais, como também a inegável necessidade de estabelecer-se a proteção dos direitos humanos em escala universal. Com isto, fez-se necessário o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos que pudesse garantir efetivamente a tutela eficaz destes.

2 - A internacionalização dos direitos humanos no século XX

2.1 - Contexto evolutivo

Na leitura de Casella (2011), antes da Primeira Guerra Mundial já se havia iniciado um aumento dos tratados de natureza global moldados durante as conferências multilaterais, que inovaram o contexto internacional ao permitirem a adesão posterior de outros Estados aos tratados multilaterais que estabeleciam normas gerais de condutas a serem observadas por seus signatários, o autor denomina o processo advindo destas mudanças nas relações internacionais de “multilateralização institucional” do direito internacional público. Ainda assim, foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que se percebeu a obsolência do modelo clássico do direito internacional, sem haver, contudo, um modelo conceitual e operacionalmente pronto para se aplicar no contexto em que se encontravam.

Para Casella (2011), o direito internacional público, quanto ao âmbito de aplicação de suas normas, pode ser dividido entre direito internacional comum ou geral e direito internacional regional ou continental. O direito internacional geral tem como fundamentos normativos os princípios derivados do costume internacional que vincula todos os Estados sem que haja necessidade do consentimento dos mesmos, enquanto o direito internacional regional advém tanto das normas costumeiras do direito internacional como das normas convencionais que vinculam apenas Estados signatários. No entanto, é dificultoso adequar esta divisão diante

de tratados assinados por quase todos os Estados. Assim, o autor observa a questão da obrigatoriedade da norma internacional, sendo que mesmo uma convenção regional pode conter normas de observância geral. Desse modo, para averiguar a natureza de uma norma internacional deve-se observar o conteúdo da mesma, quanto ao caráter dispositivo ou cogente (*jus cogens*)⁵.

Os direitos humanos positivados no âmbito internacional encontram seu fundamento de validade, além dos tratados que os preveem, nas normas cogentes do direito internacional. Por conseguinte, estas normas se tornaram, gradativamente, com a evolução do direito internacional público, importantes elementos de fundamentação e garantia dos direitos humanos no âmbito interno e externo dos Estados. “Todo o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos estaria inscrito nessa categoria de normas não suscetíveis de derrogação.” (CASELLA, 2011, p.946)

Além disso, ainda na leitura de Casella (2011, p.953), um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo é a própria limitação da soberania, tendo em vista que esta fundamentava as relações entre os Estados e seus próprios nacionais sem qualquer limitação, excluindo disto a proteção internacional dos direitos humanos. Ademais,

No curso do século passado, “princípios fundamentais do direito internacional foram formados e estabelecidos, a partir do momento em que se atente aos que, mesmo tendo alcance moral ou político, são limitadores da soberania”, pois, embora seja a soberania também um princípio do direito internacional, embora seja também dado que o precede, reveste-se de caráter essencialmente negativo, porquanto implica, em favor dos estados, poder discricionário de agir, destinado a ser limitado por normas. Para H. THIERRY, é assim, em função das limitações que se impõem à soberania dos estados, que se constrói o direito internacional.

Ademais, o autor divide os princípios limitadores da soberania, quanto a normativa internacional geral, entre: “a proibição da agressão e do uso unilateral da força armada nas relações internacionais”; “o direito de autodeterminação dos povos”; e o do “respeito aos direitos humanos”, este último, como “obrigação para os estados, de respeitarem os direitos humanos e as liberdades fundamentais”. (CASELLA, 2011, p.954)

Bobbio (2004) dividiu o processo de universalização dos direitos humanos em três fases. A primeira resultante de teorias filosóficas que fundamentaram o jusnaturalismo moderno com

⁵ Acerca da definição de normas cogentes ou *jus cogens* CASELLA (2011, p.135) explica que: “A Convenção sobre o Direito dos Tratados, ao aceitar a noção do *jus cogens* em seus artigos 53 e 64, deu outra demonstração de aceitação dos preceitos derivados do direito natural. Com efeito, o artigo 53 declara nulo ‘o tratado que no momento de sua conclusão conflite com uma norma imperativa de Direito internacional geral’. O artigo 53 ainda dá a seguinte definição de *jus cogens* como ‘norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.’”

a ideia de que o homem enquanto ser racional possui direitos insubtraíveis e inalienáveis, inerentes à própria natureza humana. Todavia, apesar da universalidade em relação ao conteúdo, estas teorias tiveram eficácia limitada na medida em que não eram capazes de vincular a atuação do Estado.

Já a segunda fase se deu com a incorporação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais, havendo um ganho na concretude dos mesmos, que passaram a ser observados enquanto normas internas dos Estados, contudo, perderam o aspecto de universalidade defendida pela teoria jusnaturalista, na medida em que passaram a valer apenas no âmbito interno e pelo arbítrio do Estado.

A terceira e última fase da universalização dos direitos humanos foi marcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao afirmar que os direitos humanos são ao mesmo tempo universais e positivos.

[...]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; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 2004, p.49-50)

Além disso, atualmente a maioria das Constituições dos Estados possuem em seus textos a previsão de direitos previstos na DUDH/48, que passou de uma carta de recomendação a um documento político de caráter cogente no direito internacional, tendo servido de parâmetro essencial de proteção dos direitos humanos na ordem internacional. A esse respeito, Bobbio (2004) explica que a DUDH/48 é a prova do consenso geral acerca de valores humanamente fundados, retirando do consenso a sua validade.

Quanto a importância desse consenso acerca dos direitos humanos, Lafer (2006) ao tratar do princípio da igualdade⁶ demonstra que na verdade nenhum homem é igual ao outro, não nascemos livres e iguais em dignidade e direitos, esta premissa só se faz verdadeira na medida em que há um consenso da comunidade política. “A igualdade não é um dado - ele não

⁶ A esse respeito, observa-se que Lafer (2006) retirou fundamento da ideia arendtiana de igualdade, conforme expõe Arendt (2012, p.410) “Desde o tempo dos gregos, sabemos que a vida política altamente desenvolvida gera uma suspeita profunda em relação à esfera privada, um profundo ressentimento contra o incômodo milagre contido no fato de que cada um de nós é feito como é - único, singular, intransponível. Toda essa esfera do que é meramente dado, relegada à vida privada na sociedade civilizada, é uma permanente ameaça à esfera pública, porque a esfera pública é tão consistentemente baseada na lei da igualdade como a esfera privada é baseada na lei da distinção e da diferenciação universal. A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais”.

é physis, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.” (LAFER, 2006, p.150) Por consequência, não é possível garantir, por mais que se fundamente teoricamente, a garantia dos direitos humanos sem esse consenso político universal.

3 - Elementos do direito internacional dos direitos humanos

3.1 - Considerações iniciais

Como visto anteriormente, o processo de universalização dos direitos humanos alçou estes a um patamar de normas cogentes do direito internacional que retiram seu fundamento de validade dos padrões éticos a serem seguidos por todos os Estados, não havendo mais legitimação da tentativa de se eximir da responsabilidade de garantia destes direitos com base na invocação do princípio da soberania.

Por conseguinte, para compreender a temática do direito internacional dos direitos humanos é preciso estudar seus elementos norteadores, tais como: os conceitos, as terminologias, as características, sua estrutura normativa internacional, sua fundamentação, classificação e interpretação no contexto do direito internacional.

No entanto, é imperioso destacar que, conforme ensina Ramos (2016), apesar da similaridade entre os direitos humanos e o direito internacional dos direitos humanos, estes, apesar das semelhanças, não se confundem. Sendo o direito internacional dos direitos humanos um movimento ensejado no bojo do século XX, cuja principal característica é a universalização, diferentemente dos direitos humanos que remetem ao “período axial da história⁷” (COMPARATO, 2010, p.24) sendo o seu início inerente à própria ideia de ser humano.

⁷ Conforme (COMPARATO, 2010, p.21): “O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial, não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. [...] Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje”.

3.2 - Conceito

Vários autores trabalham o conceito de direitos humanos a depender da perspectiva adotada (Bittar, 2008; Garcia e Lazari, 2015; Portela, 2016; Ramos, 2016), dividindo-os normalmente nas concepções: tautológica; formal; jusnaturalista; contratualista; e finalista ou teleológica.

Na concepção tautológica os direitos humanos, conforme explica Ramos (2016) seriam aqueles que pertencem a todos os humanos pelo fato de o serem. Ou seja, não agrega nenhum elemento novo ao termo.

Bittar (2008) utiliza a concepção tautológica dos direitos humanos, com o sentido de não existirem direitos que não sejam humanos, para designar que estes foram consagrados no entendimento geral, sem deixar, todavia, de destacar que a redução à tautologia é alvo de diversas críticas teóricas.

Sendo assim, apesar de o conceito tautológico de direitos humanos ser muito utilizado para uma compreensão facilitada dos mesmos, isto deve ser feita com muita cautela visto que não se apresentam os elementos que compõem a noção de direitos humanos como um todo, por consequência do reducionismo a que se condiciona.

Bobbio (2004, p.37) critica a utilização da conceptualização tautológica dos direitos humanos, por considerá-los uma expressão muito vaga. Nas palavras do autor,

[...] A maioria das definições são tautológicas [...] Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo [...] quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos [...] os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização.

Quanto ao conceito formal de direitos humanos, este diz respeito ao regime jurídico especial a que estes estão submetidos enquanto direitos pertencentes a todos os seres humanos, impedindo a privação dos mesmos enquanto direitos indisponíveis.

Garcia e Lazari (2015) trazem a discussão conceitual dos direitos humanos no tocante à influência jusnaturalista e contratualista. A primeira em relação a influência do direito natural e do cristianismo sobre a conceptualização dos direitos humanos, levando em conta seu aspecto

histórico⁸ e concepção de que todos os humanos nascem iguais como sujeitos de um direito metafísico inerente a própria condição humana.⁹

Já a segunda, no aspecto contratualista, traduz os direitos humanos enquanto direitos que foram positivados por meio de tratados internacionais, devendo estar contidos em documentos expressos que os caracterizariam enquanto tal.

Apesar desta distinção entre a conceituação jusnaturalista e contratual, os autores defendem que para uma conceituação adequada dos direitos humanos é preciso unir os dois aspectos, assim, os direitos humanos seriam todos aqueles inerentes a natureza humana, levando em consideração o homem enquanto titular de direitos inerentes a sua condição humana, como também a preservação de sua dignidade, havendo, para tanto, a previsão destes direitos em documentos internacionais, tendo em conta a necessidade de que sejam seguramente garantidos.

A conceituação finalística ou teleológica dos direitos humanos, como ensinam Garcia e Lazari (2015) e Ramos (2016), utiliza-se de um objetivo ou fim para definir o conjunto de direitos humanos, sendo aqueles necessários, essenciais e indispensáveis para a garantia do pleno desenvolvimento do ser humano enquanto sujeito de direitos¹⁰, tais como, liberdade, igualdade e dignidade. Ou seja, o conceito de direitos humanos lastreia tudo aquilo essencial a garantia de uma vida digna, concebendo tanto os direitos já reconhecidos e tutelados quanto novos direitos que podem vir a surgir e se desenvolver a depender do contexto histórico-social em que o ser humano se veja inserido¹¹.

⁸ A esse respeito ver: Lafer (2006) que desenvolveu em seu trabalho um estudo a respeito da origem e desenvolvimento dos direitos humanos quanto a evolução do conceito de pessoa humana na tradição ocidental.

⁹ Arendt (2012, p.328) desenvolveu rigorosas críticas acerca da ideia de igualdade humana e quanto a concepção juspositivista do século XIX. Vale mencionar a posição da autora ao sustentar que “[...]Deus não criou nem os homens - cuja origem é obviamente a procriação - nem os povos - que passaram a existir como resultado da organização humana em grupos sociais. Os homens são desiguais segundo sua origem natural, sua diferente organização e seu destino na história. Sua igualdade é apenas uma igualdade de direitos, isto é, uma igualdade de objetivo humano; contudo, atrás dessa igualdade de objetivo humano, existe, segundo a tradição judaico-cristã, uma outra igualdade, expressa no conceito de uma origem comum que está além da história humana, da natureza humana e dos objetivos humanos - a origem comum do Homem místico e inidentificável, o único que foi criado por Deus. Essa origem divina é o conceito metafísico no qual pode basear-se a igualdade de objetivo político, o objetivo de estabelecer a humanidade na terra. O positivismo e o progressismo do século XIX perverteram a finalidade dessa igualdade humana quando tentaram demonstrar o que não pode ser demonstrado, isto é, que os homens são iguais por natureza e diferem apenas pela história e pelas circunstâncias, de modo que podem ser iguais, não por direitos, mas por circunstâncias e pela educação”.

¹⁰ Este ponto mantém relação com o ensinado por Comparato (2010, p.33-34) a respeito da elaboração teórica kantiana do conceito de pessoa, especificamente quanto a terceira fase desta, ao defender que “o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante. [...] Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.

¹¹ Sobre o aspecto construtivo dos direitos humanos, Bobio (2004, p.25) enfatiza que: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas

Por fim, vale lembrar que os direitos humanos são mais amplos que o direito internacional dos direitos humanos, que visam, como explica Portela (2016, p.837), “proteger e promover a dignidade humana em todo o mundo, consagrando uma série de direitos dirigidos a todos os indivíduos sem distinção de qualquer espécie, inclusive de nacionalidade ou do Estado onde a pessoa se encontre”. E destaca ainda que a dignidade humana passou a ser considerada como interesse superior e comum de todos os Estados, assumindo status de prevalência inclusive sobre a soberania nacional, por se tratarem de normas de natureza cogente, ou “*jus cogens*”.

3.3 - Terminologia

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina fazem uso de diversas terminologias para referirem-se aos direitos humanos, ora empregando termos diversos como se tivessem o mesmo significado, como costuma ocorrer em decisões jurisprudenciais, ora agregando significações distintas de acordo com a terminologia utilizada, normalmente no tocante dos estudos doutrinários.

Ramos (2016) elenca um rol não exaustivo de terminologias referentes à expressão direitos humanos, enquanto: liberdades públicas; direitos individuais; direitos públicos subjetivos; direitos fundamentais; direitos da pessoa humana; direitos fundamentais da pessoa humana; direitos naturais; direitos do homem; e direitos humanos. Destacando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como os documentos internacionais em matéria de direitos humanos empregam diversas terminologias ao remeterem-se a matéria de direitos humanos. Por conseguinte, vale destacar as duas principais divergências terminológicas em se tratando da doutrina especializada.

Com relação ao uso do termo direitos do homem muitos autores (ARENDRT, 2012; BOBBIO, 2004; COMPARATO, 2010; LAFER, 2006) utilizam-se destes como sinônimo de direitos humanos havendo uma distinção conceitual relacionada ao contexto histórico em que estes termos foram aplicados. A expressão direitos do homem faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclamada no bojo da Revolução Francesa (1789-1799), ou seja, numa conotação historicamente distinta mas materialmente igual.

No tocante da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos ocorre uma maior cisão doutrinária. Alguns autores (BOBBIO, 2004; LAFER, 2006) não fazem distinção

em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

entre direitos humanos e direitos fundamentais, por considerarem, assim como em se tratando de direitos humanos e direitos do homem, como expressões materialmente idênticas.

A discussão a esse respeito se concentra na divisão doutrinária entre constitucionalistas e internacionalistas. Os primeiros preferem o entendimento de que direitos fundamentais são aqueles expressos no texto constitucional, advindos do poder constituinte originário ou derivado. Comparato (2010, p.124) remete a esta distinção ao tratar do modelo jurídico norte-americano, no qual direitos fundamentais são aqueles “direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária”. Ao passo que direitos humanos seriam aqueles advindos de documentos internacionais, normas cogentes e princípios do direito internacional público, consistindo em normas necessariamente supranacionais.

No entanto, atualmente até mesmo esta divisão tão presente na doutrina tradicional tornou-se infértil na medida em que os documentos internacionais de direitos humanos têm sido incorporados aos ordenamentos jurídicos internos.

A exemplo do Brasil, que será demonstrado adequadamente nos capítulos posteriores, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma dupla incorporação dos tratados de direitos humanos, na forma do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB/88. A primeira prevê a incorporação dos direitos e garantias advindos dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, enquanto a segunda possibilita a incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como equivalentes à constituição, logo, os direitos humanos previstos nos tratados internacionais são materialmente e até mesmo formalmente idênticos aos direitos fundamentais previstos na constituição.

Em suma, conforme ensinam Garcia e Lazari (2015) e na mesma linha, Ramos (2016), as divisões e diferenciações terminológicas a respeito da expressão direitos humanos, apesar de ainda serem objeto de discussão, diferem a depender do ponto de vista a que são submetidas. As distinções são cada vez menos nítidas, na medida em que seu conteúdo material é o mesmo.

3.4 - Características

As doutrinas especializada em direito internacional dos direitos humanos (PORTELA, 2016; RAMOS, 2016), assim como a dos direitos humanos em geral (GARCIA e LAZARI, 2015) elencam algumas características essenciais a compreensão dos direitos humanos.

Algumas características do direito internacional dos direitos humanos coincidem com as dos direitos humanos em geral, ao passo que o direito internacional dos direitos humanos tem enfoque prioritário na noção de universalidade, própria deste. Com efeito, a análise das características fundamentais desses direitos propicia uma melhor compreensão do atual estágio de desenvolvimento da proteção dos direitos humanos na esfera internacional.

Pode-se destacar um rol exemplificativo dessas características tendo em consideração a maior proximidade com o objeto desta pesquisa, havendo, por vezes, a intersecção e complementariedade entre elas. Por conseguinte, temos: a universalidade; a superioridade normativa; a indivisibilidade, relacionada com a interdependência e complementaridade; a exigibilidade, também relacionada à complementaridade; a abertura, afim da historicidade, mobilidade e dinamismo; a aplicabilidade imediata; a dimensão objetiva; a proteção penal; e a proibição do retrocesso.

A característica da universalidade é o principal enfoque do direito internacional dos direitos humanos, apesar das críticas relativistas quanto a violação de distinções culturais de certas comunidades pela imposição de direitos advindos no âmbito da cultura ocidental, a maneira como se deu a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vide item 1, fez estabelecer um consenso político universal a respeito do patamar de proteção de direitos imprescindíveis a todos os Estados, enquanto “manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade” (BOBBIO, 2004, p.46).

Quanto a característica da superioridade normativa, deve-se levar em conta a Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969, promulgada pelo Brasil em 2009 pelo Decreto nº. 7.030 com ressalva aos artigos 25 e 66. Esta Convenção prevê em seu texto a imperatividade das normas costumeiras do direito internacional geral (*jus cogens*), (p.ex. Arts. 53 e 64), contudo, ela se limita a aplicabilidade destas normas sem cuidar de estabelecer um rol taxativo ou exemplificativo. Sobrevindo, conforme Ramos (2016) a construção jurisprudencial das mesmas pelo costume internacional.

Já a interdependência das normas de direito internacional dos direitos humanos ocorre na medida em que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica enquanto essenciais a garantia da vida digna. Nisto vincula-se as características da interdependência normativa e complementariedade, que, na leitura de Garcia e Lazari (2015) fazem com que as normas de direitos humanos sejam analisadas de maneira sistemática estabelecendo-se, com isto, uma relação orgânica entre elas. Mencionam também a importância dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, pois estes “descentralizam a Organização das

Nações Unidas para respeitar a complementaridade, ou seja, os diferentes elementos de base cultural, religiosa e social das diversas regiões” (Garcia e Lazari, 2015, p.52).

Garcia e Lazari (2015) destacam também que a separação dos direitos humanos em dimensões ou gerações, que será tema trabalhado posteriormente, se dá apenas para fins teóricos a depender do ponto momento histórico em que foram conquistados, já que na prática esses direitos devem ser observados de modo conjunto, inter-relacionados, orgânico, sistemático e indivisíveis.

A característica da exigibilidade, como ensina Ramos (2016), mantém relação com a complementaridade e efetividade em razão da crescente preocupação com a implementação dos direitos humanos. Esta característica vai além da tutela interna dos Estados e se exterioriza na responsabilidade dos mesmo por eventuais violações de compromissos internacionais relacionados a proteção dos direitos humanos, o autor divide esta responsabilização em unilateral e coletiva ou institucional.

A responsabilização unilateral do Estado, conforme Ramos (2016) ocorre nas relações interestatais em que o Estado ofendido exige a reparação por parte do outro Estado, não havendo órgão intermediador nesta relação. O ofendido analisa o fato ilícito e, caso constate dano, requer reparação direta do ofensor, e caso esta não seja feita, imputa sanção unilateral ao outro Estado.

De outro modo, os mecanismos de reparação coletivos ou institucionais preveem, em caso de violação de direitos humanos, a possibilidade de julgamento por órgãos especiais, como p. Ex. no caso latino-americano a Corte Interamericana de Direitos Humanos que atua como organismo julgador de casos de violação aos direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, atendidos os requisitos legais específicos que serão trabalhados posteriormente em tópico próprio. Estes mecanismos são de fundamental importância para a efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional, garantindo sua exigibilidade para além do direito interno.

Ramos (2016) trabalha a característica da abertura dos direitos humanos no âmbito internacional, por outro lado, Garcia e Lazari (2015) utilizam a expressão inexauribilidade. Entendo serem expressões sinônimas, de mesmo conteúdo. Por conseguinte, a característica da abertura ou inexauribilidade diz respeito aos direitos humanos serem um rol em constante aperfeiçoamento, cláusulas abertas, relacionado ao princípio da não tipicidade dos direitos humanos. Para tanto, tem-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana com eficácia irradiante, havendo uma constante releitura daquilo que se entende necessário à garantia do mesmo, é nessa seara que se encontram os novos direitos difundidos pela doutrina especializada.

É interessante relacionar também a característica da abertura ou inexauribilidade com a historicidade, mobilidade e dinamismo tidas como características também dos direitos humanos em geral, ou seja, reforçando a ideia da mudança constante naquilo que se entende por direitos humanos a depender do momento histórico, dos contextos cultural, social e regional em que são colocados, sempre tendo a dignidade como parâmetro norteador irradiante assim como a proibição do retrocesso, outra característica que será estudada neste trabalho.

Segue-se demonstrando a característica da aplicabilidade imediata dos direitos humanos, Ramos (2016) explica essa característica se dá pelo fato de os textos normativos sobre a matéria de direitos humanos possuem a característica formal da aplicabilidade imediata, para tanto, leva-se em consideração que “tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado”. (RAMOS, 2016, p.265)

Nisto há uma divisão entre a aplicabilidade imediata sob os pontos de vista interno e externo. A CRFB/88 prevê em seu art. 5º, §1º que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isto é, não há a necessidade de normas regulamentadoras para aplicarem-se os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional, assim como os implícitos em “decorrência do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, da CRFB/88). A respeito do direito internacional, Ramos (2016, p.265) explica que

[...]para o Direito Internacional, há regra própria (sem referência ao Direito Constitucional interno) para determinar a necessidade ou não de normas internas que regulamentem a obrigação internacional no Direito interno. Essa regra consiste em diferenciar, na seara internacional, as normas internacionais *self-executing* e as normas *not-self executing*. [...] Para determinar se uma convenção internacional é auto-aplicável internamente, vários critérios são utilizados. Assim, recorre-se ao tradicional uso da análise de intenção das Partes (*mens legislatoris*), ao critério gramatical, que enfatiza a terminologia utilizada pelo texto internacional, e finalmente a análise da existência dos necessários elementos de concretização já no texto constitucional, que permitiria ao juiz nacional a aplicação imediata da norma suficientemente clara e precisa.

Outra característica a ser considerada para o estudo do direito internacional dos direitos humanos é a sua dimensão objetiva. Ramos (2016) esclarece que a dimensão objetiva compreende um conjunto de regras impositivas de comportamentos que o Estado deve ter com para dar proteção e satisfazer aqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. São, portanto, regras de imposição de deveres com característica organizacional e procedimental para além das pretensões individuais.

Portanto, o Estado deve atuar de maneira preventiva organizando o seu aparato governamental de modo a possibilitar o pleno exercício dos direitos humanos sob o aspecto subjetivo, viabilizando o desenvolvimento da proteção satisfatória a esses direitos.

Em virtude desta dimensão objetiva garantista e preventiva dos direitos humanos, sustenta-se a característica da proteção penal desses direitos, com o intuito de combater a impunidade daqueles tidos como violadores de direitos humanos. Trata-se de uma obrigação dos Estados para que criminalizem determinadas condutas tidas como crimes contra os direitos humanos, observada a característica da inexauribilidade desses direitos. Os Estados têm o dever de investigar, processar criminalmente e, caso comprovado o fato criminoso, punir os responsáveis, como também adequar seus ordenamentos jurídicos penais internos para que haja a tipificação penal dessas condutas violadoras, p. Ex. a tortura; a discriminação racial; xenofobia; intolerância; violência contra a mulher; genocídio; crimes de guerra; e crimes contra a humanidade.¹²

Por último, temos a característica da proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos no sentido de atribuir uma progressividade a estes direitos, de modo a garantir uma gradual abertura da extensão destes pela eficácia irradiante da dignidade da pessoa humana, e ao mesmo tempo um dever de impedir o regresso, nas palavras de Bobbio (2004, p.64):

A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas e dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.

Como resultado, constata-se o significativo desenvolvimento da matéria de direitos humanos abarcando cada vez mais hipóteses e instrumentos de proteção, exigibilidade, legitimação e garantia desses direitos. Todavia, apesar de tudo, estamos diante de um longo caminho para a real efetivação desses direitos, numa constante dinâmica de regressões e evoluções, impulsionando a constante luta pela efetivação dos direitos.

¹² Para uma análise pormenorizada deste assunto, ver: Ramos (2016, p. 279-289).

2 – A ESTRUTURA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

2.1 - Os Sistemas de Proteção Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Pós-Guerra: contexto geral

Como exposto no capítulo anterior, após as duas Grandes Guerras Mundiais houve uma mudança significativa no contexto político internacional, resultando na formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a inclusão da proteção do indivíduo como sujeito de direito internacional independentemente de nacionalidade, localização e condição social. Sucedeu uma evolução paradigmática do direito internacional, como ensina Casella (2011), na passagem do positivismo voluntarista para a busca de valores comuns superiores agregados em uma perspectiva universal adequada as necessidades da comunidade internacional contemporânea. Com destaque a força normativa do direito internacional cogente (normas *jus cogens*), bem como as normas do sistema de direito internacional dos direitos humanos.

Na mesma leitura, a proteção dos direitos humanos deixou de estar reservada ao domínio dos Estados para despontar em um dever de solidariedade entre todos estes, tendo em vista a proteção universal eficaz dos direitos humanos. Essa nova leitura do direito internacional está intimamente ligada à inovação política trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH/48), compatibilizadora dos interesses compartilhados pelos Estados, bem como dos valores morais fundamentais ao respeito e garantia da dignidade da pessoa humana.

O amplo consenso no tocante da dignidade humana firmado pela DUDH/48 remodelou o perfil da soberania estatal, que passou de absoluta à relativizada, sendo soberana a decisão conjunta em proteger os direitos humanos, como uma obrigação *erga omnes*. As violações aos direitos humanos deixaram de ser crimes apenas de âmbito interno e passaram a constituírem-se enquanto crimes contra a humanidade como um todo, consistindo na maior interessada na proteção desses direitos, devendo todos os Estados evitar a impunidade, responsabilizar aqueles que atentarem contra à dignidade humana, assim como cimentar instituições jurídicas internacionais atuantes em havendo ineficácia da proteção interna a esses direitos.

Consoante Piovesan (2011), garantir a proteção e garantia dos direitos humanos é de igual modo salvaguardar a qualidade da convivência coletiva, tendo em mente não só a comunidade nacional mas também a internacional, numa perspectiva cosmopolita do direito internacional. Nessa perspectiva, têm-se os mencionados direitos como freios democráticos à discricionariedade e arbítrio dos governantes, quando aviltam os verdadeiros detentores do

poder, ou seja, o povo. Esses direitos, quando assegurados, firmam uma plataforma emancipatória da dignidade da pessoa humana, enquanto fim último do Estado.

De acordo com Piovesan (2011), esse engajamento moral e político resultante das perplexidades ocasionadas especialmente pela Segunda Guerra Mundial, ao darem início ao Direito Internacional dos Direitos Humanos fez iniciar um processo de positivação dos direitos humanos no âmbito internacional, para além da DUDH/48, sem relevar, contudo, seu especial significado e força interpretativa. Nessa perspectiva, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um novo direito, distinto do Direito Internacional Público tradicional, que baseia-se em normas e obrigações de coexistência e cooperação entre Estados soberanos a fim de efetivar a proteção do ser humano.

Ademais, a autora coloca em enfoque a “ideia-força” da existência de obrigações estatais para com a comunidade mundial como um todo, com enfoque na ordem pública internacional voltada a um interesse geral que transcende os interesses particulares dos Estados soberanos. Ideia esta que contribui na inserção dos direitos humanos enquanto tema global para a consolidação das noção de normas *jus cogens*¹³ e obrigações *erga omnes* no Direito Internacional Contemporâneo.

Em linhas gerais, considerando que o trabalho possui enfoque na atuação do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos tem a Organização das Nações Unidas - ONU como principal organização internacional pública de proteção dos direitos humanos no âmbito Global, cujo propósito, de acordo com Mazzuoli (2015, p. 683-684) é

a) preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; b) reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas; c) estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos; d) promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; e) praticar a tolerância e viver em paz, uns com outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum; f) empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos; g) manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim, tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar,

¹³ Casella (2011) destaca que: “As normas imperativas de direito internacional geral representam inovação relevante do direito internacional pós-moderno: sua aceitação representa marco na evolução da disciplina, mas o conceito encontra, todavia, certo nível de resistência por parte de alguns estados. Embora não seja o único, ficava em má companhia o Brasil por não ratificar a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, e a posterior Convenção de Viena sobre tratados entre estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais, de 1986, que complementa a Convenção de 1969”.

por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; h) desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; i) conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e j) ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

A Carta das Nações Unidas de 1945 é o principal instrumento normativo da ONU, por meio da qual criou-se seus órgãos, tais como a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Tutela, o Secretariado e o Conselho Econômico e Social, sem mencionar os Organismos Especializados. Os propósitos elencados anteriormente viram a criação, desenvolvimento e manutenção do Estado de Direito, numa relação entre Direitos Humanos, Democracia e Paz, como ensinam Amaral Junior e Jubilut (2009).

Nesse contexto, Amaral Junior e Jubilut (2009) destacam que a implementação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, em consonância com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, alterou o Direito Internacional ao caracterizar o ser humano enquanto sujeito de Direito Internacional. Nessa sequência:

Foi uma transformação tão relevante que trouxe questionamentos aos paradigmas westphalianos, norteadores do Direito Internacional desde meados do século XVII. Ademais, impôs novos critérios de legitimidade para o comportamento dos Estados em relação às pessoas sob sua jurisdição, diminuindo o papel da soberania estatal que surgiu juntamente com a consagração do Estado Moderno. Tal processo tem levado à afirmação de que está ocorrendo a humanização do Direito Internacional. (AMARAL JUNIOR e JUBILUT, 2009, p.30)

A esse respeito, Trindade (2012, p. 49-56) defende o Direito Internacional dos Direitos Humanos enquanto ramo autônomo do direito, erigido em 4 (quatro) pontos principais, tais como: 1) a rigidez da distinção entre o direito público e o direito privado não resistir aos imperativos de proteção dos direitos humanos; 2) a justiciabilidade das distintas categorias de direitos; 3) o afastamento do debate entre dualistas e monistas; 4) a fantasia das chamadas “gerações de direitos”, a qual corresponde a uma visão atomizada ou fragmentadas destes últimos no tempo. Afirmando, assim, a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos.

Para além do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, Organizações Regionais de Proteção dos Direitos Humanos criaram Sistemas Regionais de Proteção, tais como: o Sistema Regional Interamericano, o Sistema Regional Europeu, o Sistema Regional

Africano e o Sistema Regional Islamo-Árabe. Esses Sistemas Regionais trazem de início a ideia errônea de haver uma dicotomia entre o Universal e o Regional, o que não ocorre, pois, como ensina Piovesan (2011), os Sistemas Regionais complementam o Sistema Universal, devendo aqueles levar em conta as características da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

Além disso, a autora ensina que a existência de Sistema Regionais de proteção é uma vantagem para a justicialização dos direitos humanos, tendo em vista a proximidade geográfica, o compartilhamento e compatibilização de concepções sociais, culturais e históricas. Mazzuoli (2015, p.705) leciona quanto a isso ao dizer que:

As organizações intergovernamentais regionais e sub-regionais compõem outro grupo importante de instituições internacionais. Tais instituições, da mesma forma que aquelas de caráter global, também são formadas por tratados constitutivos e têm atribuições especificadas pela respectiva carta instituidora. Tratam de problemas específicos das regiões a que pertencem, como política regional, integração cultural e econômica, bem como assuntos militares comuns etc. [...] Entre as organizações regionais de maior importância estão o Conselho da Europa (CE), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a União Africana (UA), que era a antiga Organização para a Unidade Africana (OUA). Destas organizações regionais, a mais antiga é a OEA, cuja Carta foi assinada em Bogotá (Colômbia) em 30 de abril de 1948, por ocasião da IX Conferência Interamericana, tendo entrado em vigor em 13 de dezembro de 1951. Posteriormente, a Carta da OEA foi reformada pelos Protocolos de Buenos Aires, em 1967, de Cartagena das Índias, em 1985, de Washington, em 1992, e de Manágua, em 1993.

Têm-se, com isso, o inegável fenômeno da regionalização da proteção internacional dos direitos humanos, na qual, governos, soberanamente, delimitam parâmetros de proteção para além do previsto no Sistema Global, abarcando suas especificidades regionais, os interesses comuns compartilhados e criando novos direitos com base no mínimo protetivo previsto na DUDH/48. E do mesmo modo, implementando Sistemas de proteção com órgãos jurisdicionais ou não, especializados em proteger os direitos tutelados pelos diversos tratados assinados pelos Estados-membros. Nesse contexto,

O regionalismo, enquanto expressão jurídica, é fato central no movimento de evolução do direito internacional, em contexto pós-moderno. Razões de ordem geográfica, condições históricas e culturais particulares, enfim, interesses comuns, conjugados com os acontecimentos das últimas décadas, levaram à formação, em todos os continentes, de alianças e de acordos regionais ou sub-regionais, entidades embora restritas a região geograficamente determinada, que têm concepção e aplicam conceitos do direito internacional geral. (CASELLA, 2011, p. 947)

Por fim, Piovesan (2011) elenca as etapas de proteção dos direitos humanos trazidas por Bobbio (2004), compreendendo a promoção, controle e garantia desses direitos. Ou seja,

promover a educação política da necessidade de consolidar o valor dos direitos humanos, monitorar (mediante relatórios, comunicações interestaduais e petições individuais p.e.) o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados em matéria de direitos humanos e implementar uma efetiva tutela jurisdicional, pela justicialização dos direitos humanos, tanto na esfera penal quanto na civil. Dá-se destaque a atuação do Tribunal de Nuremberg como marco histórico no tocante a justicialização penal dos direitos humanos, bem como o Tribunal Penal Internacional, atuando no julgamento de crimes contra a humanidade (particularmente as violações sistemáticas e em larga escala de direitos humanos, tais como o extermínio, escravidão, tortura, agressão sexual e desaparecimento forçado de pessoas). Assim como a justicialização dos direitos humanos na esfera civil, implementada especialmente no âmbito dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

2.2 - O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

2.2.1 - Contexto Histórico

A região Americana, em especial a América do Sul, possui uma especificidade em seu contexto político em razão dos regimes ditatoriais autoritários que marcaram a história de diversos países Americanos, p.e. as ocorridas na Guatemala (1954-1996); no Paraguai (1954-1989); na Argentina (1962-1983); no Brasil (1964-1985); no Peru (1968-1980); no Uruguai (1973-1984); no Chile (1973-1990).

Os regimes autoritários foram marcados por violações massivas a direitos humanos, negando à população o exercício da democracia, perpetrando práticas desumanas tais como a tortura, o desaparecimento forçado, numa sistemática estatal de domínio ditatorial suspensivo de direitos e garantias fundamentais.

Piovesan (2011, p.18) preleciona que um dos grandes desafios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos está justamente em romper com o legado da cultura ditatorial autoritária perpetrada na região, bem como em consolidar o regime democrático “numa região geográfica marcada pelo elevado grau de exclusão e desigualdade social e com precária tradição de generalizado respeito aos direitos humanos”.

A autora ensina também que o elevado grau de exclusão e desigualdades sociais, as democracias em fase de consolidação, o legado dos regimes autoritários, a cultura de violência e impunidade, a baixa densidade de Estados de Direito e a precária tradição de respeito aos

direitos humanos no âmbito doméstico caracterizam as peculiaridades regionais a serem enfrentadas e solucionadas pela atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No mesmo teor, Piovesan (2011) afirma, além do exposto, que na época do início da vigência do Sistema Interamericano muitos dos Estados da América Central e do Sul encontravam-se sob o domínio de governos autoritários, ensejando a negação à ratificação dos Tratados em matéria de Direitos Humanos que foram propostos nos anos subsequentes, bem como a anuência tardia dos Estados, como é o caso do Brasil, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos apenas em 1992, negando aplicação do disposto quanto a fatos ocorridos em datas anteriores, numa tentativa de eximir-se de responsabilização internacional, considerado como um dos Estados que mais demorou a aderir à Convenção.

Por fim, Piovesan (2011) ensina que o processo de democratização brasileiro não se findou com a derrocada do regime ditatorial em 1985, dividindo aquele em duas etapas: a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um governo democrático; e a transição desse governo democrático para a consolidação democrática, ou seja, para a efetiva vigência da democracia, até hoje, muitas vezes, ineficaz. Caracterizando, assim, um duplo desafio à proteção dos direitos humanos no âmbito do Sistema Americano, qual seja, romper em definitivo com o legado da cultura autoritária e consolidar o regime democrático e garantir o pleno respeito aos direitos humanos consagrados nos Tratados da matéria.

2.2.3 - Origem, Composição Organizacional e Composição normativa

Considerando o contexto exposto acima, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos caracteriza-se como um sistema regional formado no bojo da Organização dos Estados Americanos - OEA. Essa Organização Regional foi fundada em 1948 pela Carta da Organização dos Estados Americanos, com a ratificação inicial de 21 Estados-membros, e atualmente todos os 35 países independentes das Américas ratificaram a Carta da OEA, excetuando o Estado Cubano que em 2009 foi excluído do Sistema Interamericano.

A Carta da OEA criou inicialmente vários órgãos com a finalidade de aplicação e efetivação do disposto no texto, sendo eles: a Assembleia Geral; os Conselhos; a Comissão Jurídica Interamericana; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a Secretaria-Geral; as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados.

No ano de 1969 foi assinada em San José da Costa Rica a Convenção Interamericana de Direitos Humanos prevendo um rol de proteção a direitos humanos nos Estados Americanos, essencialmente individuais, e criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como

estabeleceu normas de procedimento concernentes tanto à Corte quanto à Comissão. Posteriormente foi adicionado à Convenção o Protocolo adicional de San Salvador, cujo teor compreende os direitos sociais.

Nesses quase 70 (setenta) anos de existência da OEA muitos tratados¹⁴ em matéria de direitos humanos foram ratificados pelos países-membros, considerando como exemplo da estrutura normativa atual, sem desconsiderar a importância de outros tratados mais específicos quanto a matéria¹⁵, menciono: a Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948 (Decreto nº. 2.677/98); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984 (Decreto nº. 40/91); a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985 (Decreto nº. 98.386/89); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), de 1988 (Decreto nº. 3.321/99); o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 2002 (Decreto nº. 6.085/07); e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, de 2006 (Decreto nº. 8.767/16).

Além disso, importa destacar instrumentos normativos advindos de Resoluções Internas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (COIDH). Ambos os Órgãos possuem seus próprios estatutos e regimentos internos, compreendendo: o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1979; o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1979; o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2009; e o Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses documentos fixam procedimentos essenciais e complementares às atribuições previstas aos mencionados Órgãos, seja pela Carta da OEA no Pacto de San José da Costa Rica.

¹⁴A utilização da terminologia “Tratado” abarca qualquer tipo normativo internacional, pois, como ensina a doutrina especializada (MAZZUOLI, 2014, 2015; CASELLA, 2011; PORTELA, 2016), a nomenclatura utilizada para esses textos normativos muitas vezes abarca nuances e intersecções que torna inviável a divisão terminológica, apesar de existente teoricamente, importando a análise de seu conteúdo material. Nesse sentido, “inúmeras classificações têm sido utilizadas ao longo do tempo para os tratados internacionais. Já se os classificou quanto ao seu objeto, quanto ao momento histórico de sua conclusão, quanto à sua aplicação espacial etc. A Convenção de Viena de 1968 foi cautelosa ao não se utilizar de nenhuma classificação sistemática dos tratados, tendo se limitando a fazer algumas poucas distinções de alcance restrito” (MAZZUOLI, 2014, p. 75).

¹⁵ O critério utilizado para elencar os Tratados acima foi o objeto da pesquisa, qual seja o controle de convencionalidade em matéria da Lei da anistia brasileira (LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979).

2.3 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

2.3.1 - Origem, Estrutura Normativa e Funções

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada pelo art. 106, da Carta da OEA, no ano de 1948, com a função principal de “promover o respeito e defesas dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”.

Piovesan (2011) ao tratar do assunto ensina que dentre o desempenho funcional da CIDH está a de emitir recomendações aos Governos dos Estados-partes; preparar estudos e relatórios; solicitar informações relativas às medidas recomendadas; submeter um relatório anual à Assembleia Geral da OEA, no qual atualizam a situação dos direitos humanos em diversos países-membros, como também ocorre por meio dos informes emitidos.

Há também na prática da CIDH a execução de atividades de conciliação entre Governos e grupos sociais; assessoria a Governos solicitantes; a função crítica ao informar as situações constatadas por via de relatórios e informes; a de órgão legitimador no caso de o Governo promover as devidas reparações recomendadas; atua também na promoção de estudos no sentido do desenvolvimento dos direitos humanos protegidos; e também atua protetivamente ao intervir em casos de urgência e risco iminente, quando solicita ao Governo violador que suspenda sua ação dissonante com a proteção dos direitos humanos e informe quanto aos atos praticados.

A CIDH também examina comunicações individuais e/ou coletivas, atendidos os requisitos procedimentais necessários a petição, como será visto posteriormente.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) atribuiu funções específicas à Comissão, além da organização, funções, competência e processo.

Do mesmo modo o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos cuja criação se deu pela previsão do art. 39 da Convenção dispôs de especificar ainda mais a atuação daquela.

E por fim, o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2009, cuja competência de criação foi dada à própria Comissão também pelo art. 39 da Convenção, no mesmo teor de delimitar as características e especificidades desta.

2.3.2 - Composição

Em razão de os sucessivos instrumentos normativos preverem por vezes da mesma matéria, especificando-a, se considera o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2009 (RCIDH) como norma regulamentadora mais específica nos critérios procedimentais, portanto, utilizou-se deste para elencar as previsões referentes à Comissão.

Ademais, a CIDH, como prevê o art. 1.1. do RCIDH, é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem como função principal promover a observância e defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

A CIDH é composta por 7 (sete) membros eleitos subjetivamente pela Assembleia Geral da OEA, e devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos (art. 1.3, do RCIDH). São eleitos para mandato de 4 (quatro) anos podendo ser reeleitos apenas uma vez (art. 2, do RCIDH). Dentre os membros da Comissão elege-se a Diretoria da Comissão, composta por um Presidente, um Primeiro Vice-Presidente e um Segundo Vice-Presidente (art. 6, do RCIDH). Há também a Secretaria Executiva, da qual faz parte um Secretário Executivo, pelo menos um Secretário Executivo Adjunto, e do pessoal profissional, técnico e administrativo necessário para o desempenho das atividades (art. 11, RCIDH).

2.3.3 - Procedimento Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Para que uma petição individual ou coletiva seja aceita perante a CIDH, faz-se necessário avaliar diversos requisitos procedimentais previstos nos documentos normativos que dizem respeito àquela. De modo geral, analisam-se inicialmente os requisitos de admissibilidade, sem os quais a petição será indeferida ou, não supridos, julgada inepta e arquivada.

Diante da necessária compreensão do procedimento que deve ser seguido para, em havendo uma violação a direitos humanos ocorrida nos estados-partes, em especial no Brasil, o caso chegue ao conhecimento da CIDH e haja o seu devido procedimento de apuração, podendo, caso não sanados os motivos, ser levado ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e possibilitar a sanção ao Estado violador.

Piovesan (2011) enfatiza as inovações trazidas pelo Regulamento da CIDH no tocante a ampliação da capacidade processual do indivíduo no sistema interamericano, proporcionando uma maior democratização deste e consolidando o indivíduo enquanto sujeito de direito no

campo internacional. A autora destaca que há uma resistência Estatal nesse sentido, dificultando a admissão de mecanismos mais democráticos de peticionamento, principalmente no que tange ao procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando que “o aprimoramento do Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos mediante sua justicialização, requer dos Estados a criação de mecanismos internos capazes de implementar as decisões internacionais no âmbito interno” (PIOVESAN, 2011, p. 95).

O artigo 44, da CADH determina quanto aos legitimados a peticionar perante a CIDH, podendo “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização” apresentar petições contendo denúncias ou queixas de violação do Estado-parte ao previsto na Convenção. Gonçalves (et. al, 2016, p. 348) ensina que:

[...] não se faz necessário que o peticionário seja nacional do Estado violador de seus direitos, pois, em sendo legítima tal exigência, haveria clara proteção deficiente dos direitos humanos. Do mesmo modo, a organização não governamental não precisará estar sediada no País infrator, bastando que seja legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros.

Conforme explica Gonçalves (et. al, 2016), recebida a petição, a primeira etapa do procedimento perante a CIDH é a fase de admissibilidade do caso, em que analisa-se a admissibilidade da petição quanto ao cumprimento dos requisitos previstos tanto na Convenção Americana quanto no Estatuto e Regulamento daquela, lembrando que o Regulamento especifica o procedimento já previsto na Convenção.

Nessa etapa de admissibilidade importa observar o previsto no art. 46, da CADH, ao taxar os critérios a serem analisados no caso, nomeadamente: o esgotamento dos recursos internos na jurisdição do Estado que supostamente violou a Convenção, observados os princípios do direito internacional; a petição deve ser apresentada no prazo de seis meses contados da data em que a suposta vítima tenha sido notificada da decisão definitiva esgotadora dos recursos internos; não pode existir litisconsórcio sobre a matéria peticionada, como também outra comunicação pendente de outro processo de solução internacional; e por fim, a qualificação das partes.

Ressalta-se haver previsão de exceções ao requisito do esgotamento dos recursos internos, também previsto no artigo 46.2, alíneas a, b, e c, no caso de não haver na legislação interna do Estado denunciado “o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados”; como também “não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele

impedido de esgotá-los”; além do caso de ocorrer “demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”. Além disso, o art. 47, da CADH determina a devida exposição dos fatos e exigência de fundamentação da ação ou omissão estatal violadora de direitos humanos. Dessa forma, não preenchidos os requisitos de admissibilidade, a petição será inadmitida pela Comissão, sucedendo o arquivamento daquela, sem previsão de recurso contra a decisão denegatória do recebimento.

Verificados os requisitos de admissibilidade, solicita-se informações “ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada” (art. 48.1, a, da CADH) que terá prazo razoável determinado pela Comissão de acordo com a complexidade do caso. Nessa etapa abre-se o contraditório entre as partes mencionadas na petição.¹⁶

Recebidas as informações solicitadas ou transcorrido o prazo determinado, verifica-se a subsistência dos motivos ensejadores da denúncia. No caso desses motivos terem deixado de existir, arquivam-se a denúncia, por decisão irrecurável. Consoante Gonçalves (et. al, 2016, p. 357):

[...] no caso de não existirem ou não subsistirem, mandará (a Comissão) arquivar o expediente. Frisa-se que poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes. Tal decisão da Comissão é irrecurável.

Se não houver o arquivamento do caso pelos motivos acima, a Comissão, com o conhecimento das partes, examinará o assunto exposto. E caso necessário e conveniente, “a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias” (art. 48. 1, d). Pode proceder uma investigação *in loco* no Estado-membro, atendido a cláusula de aceite que este deve expressar. O Brasil opôs reservas à CADH quanto a isto, entendo pela não inclusão do direito de visitas automáticas e inspeções *in loco* da Comissão, dependendo de anuência expressa.

¹⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a possibilidade, além da petição, da comunicação feita pelo próprio Estado-Membro, nesse caso avalia-se os requisitos do art. 45, da CADH: “1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração. 3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos. 4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização”.

Findo isso, inicia-se a fase conciliatória do procedimento, no sentido de buscar o estabelecimento de uma solução amistosa entre as partes. Em conformidade com Gonçalves (et. al, 2016, p. 359), após a etapa admissional da petição, “[...]em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto”. Conforme previsto no art. 48. 1, f, da CADH.

E compondo a solução amistosa, o art. 49, da CADH, determina que a Comissão redija um relatório e encaminhe este ao peticionário e aos Estados Partes da Convenção, transmitindo-o posteriormente ao Secretário-Geral da OEA para que seja publicado. O relatório deverá conter uma breve exposição dos fatos do caso e da solução amistosa alcançada pela partes. Gonçalves (et. al, 2016) excetua o entendimento da Corte Interamericana quanto a isso, na hipótese de estar-se diante de uma situação excepcional, pela não tentativa de solução amistosa entre as partes. Entretanto, nessa etapa a Comissão pode ainda constatar que não houve violação a direitos humanos no caso, determinando o arquivamento irrecorrível do caso.

Concluída a etapa conciliatória, não ocorrendo a conciliação ou arquivamento do caso, inicia-se a fase do informe preliminar/primeiro relatório, expondo os fatos e as conclusões da Comissão, no qual formulam-se proposições e recomendações ao Estado-membro. O relatório é encaminhado ao Estado, estando a este vedada a publicação. Com a remessa do relatório, abre-se prazo de 3 (três) meses para o Estado executar as medidas recomendadas pela Comissão. Nesse prazo, não havendo solução entre as partes ou encaminhamento do caso à Corte pelo Estado, a Comissão “decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros” (art. 51. 3, da CADH), pela publicação, ou não, do relatório. É nesse sentido que Gonçalves (et. al, 2016, p. 361) diz que “[...]o primeiro informe, até mesmo por ser temporário, não possui força vinculante, podendo ser rejeitado pelo Estado infrator. Mas inquestionavelmente tem força política [...]”, já que o cumprimento das recomendações pode evitar eventual submissão do caso à Corte.

Findo o prazo acima e permanecendo inerte o Estado, a Comissão, por maioria absoluta dos votos, decidirá se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado e se publicará o informe elaborado no relatório anual de suas atividades.

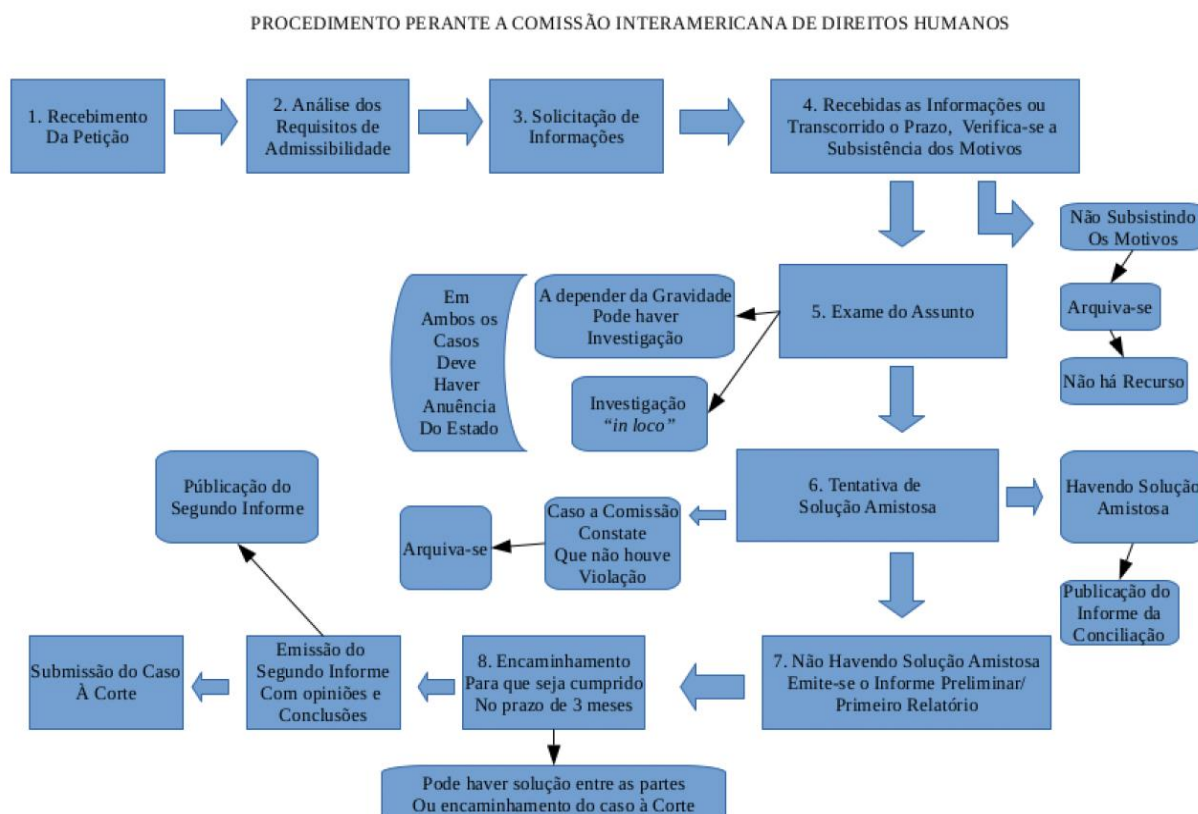
Conforme o art. 45 do RCIDH, no caso de a Comissão considerar que o Estado descumpriu as recomendações contidas no relatório, “a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros”. Sendo assim, facultativa a publicação do relatório é obrigatória a submissão do caso à Corte, salvo voto da maioria absoluta dos membros da Comissão.

Quanto a possibilidade de concessão de medidas cautelares pela comissão, têm-se a previsão do art. 25, do RCIDH, autorizando a Comissão a solicitar que um estado adote medidas cautelares quando houverem “situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano”. Antes de solicitar essas medidas, a Comissão pedirá informações ao Estado, “a menos que a urgência da situação justifique o outorgamento imediato das medidas” (GONÇALVES, et. al, 2016, p. 364). Não podendo confundir as medidas cautelares da Comissão com as medidas provisórias da Corte.

Outrossim, a compreensão do procedimento de processamento dos casos perante os Órgãos do Sistema Interamericano ampliam a percepção da complexidade e seriedade ao envolver violações a direitos humanos. Portanto, buscou-se sistematizar o caminho a ser seguido para tanto.

Têm-se abaixo um fluxograma demonstrativo do procedimento de um caso perante a Comissão Interamericana, de modo simplificado, abarcando as etapas essenciais observadas nos casos concretos.¹⁷

Figura 1 – Procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos



¹⁷ Não busquei com a elaboração do fluxograma exaurir o procedimento da CIDH. Para além das etapas básicas apresentadas, incidem, por vezes, diversas regras a serem observadas no caso concreto, todas previstas nos documentos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2.4 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos (COIDH)

2.4.1 - Origem histórica

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (COIDH) foi criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1969, atuando no âmbito da Organização dos Estados Americanos, contudo, restrita aos países-membros da OEA que ratificaram a Convenção, sendo órgão jurisdicional desta última. Ademais, a Corte é regulamentada também pelo seu Estatuto, de 1979 além do Regulamento aprovado pela própria Corte no ano de 2009.

Apesar disso, Mazzuoli (2015, p. 984) instrui o nascimento da Corte [...] se deu em 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana, mas o seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva e, sete anos mais tarde, quando emitiu sua primeira sentença”.

O contexto regional no qual a Corte Interamericana se situa é similar ao vivenciado pela Comissão Interamericana, contudo, a Corte têm atuação mais restrita em decorrência do fato de os abranger apenas os Estados-Membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana e aceitaram expressamente a jurisdição da Corte.

2.4.2 - Composição, Competência, Funcionamento e Atuação

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em San José, na Costa Rica. E compõem-se por 7 (sete) juízes, “nacionais dos Estados membros da Organização (OEA), eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos” (art. 52, da CADH), além disso, a própria Corte designa seu Secretariado na forma do art. 58, da CADH.

O art. 61.1, da CADH, determina que “somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”, fator este que limita a possibilidade de peticionamento perante o órgão em relação a maior abertura prevista para peticionar para a Comissão Interamericana. Esse fato é alvo de crítica da doutrina especializada quanto a necessidade de maior democratização desse sistema. O art. 25, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (RCOIDH) ampliou a participação nos casos propostos à Corte ao prever a participação das supostas vítimas ou seus representantes no procedimento contencioso, como será destacado posteriormente.

A Corte tornou-se, pelas atribuições conferidas no art. 33, da CADH, o segundo órgão competente para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes” da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em reconhecendo a violação a preceitos contidos na CADH a Corte pode determinar a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito violado e até mesmo condenar o Estado responsável ao pagamento de compensação pecuniária à vítima.

Piovesan (2011) esclarece quanto a COIDH ser um órgão jurisdicional do sistema regional interamericano com dupla função: consultiva, atuando como intérprete dos Tratados compostos na Organização dos Estados Americanos, emitindo opiniões consultivas a pedido dos Estados-membros ou, no caso de ratificação do Protocolo Facultativo da Convenção, os órgãos previstos por esta; exerce também a função contenciosa, para solucionar controvérsias de interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Destaca ainda que a Corte pode opinar acerca da compatibilidade de preceitos da legislação doméstica dos Estados-membros da OEA em face de instrumentos internacionais, exercendo o controle de convencionalidade das leis. A respeito da competência contenciosa da COIDH, Mazzuoli (2015, p. 987-988) leciona que

A Corte não relata casos e não faz qualquer tipo de recomendação no exercício de sua competência contenciosa, mas *profere sentenças*, que segundo o Pacto de San José são *definitivas e inapeláveis* (art. 67). Ou seja, as sentenças da Corte são *obrigatórias* para os Estados que reconheceram a sua competência em matéria contenciosa. Quando a Corte declara a ocorrência de violação de direito resguardado pela Convenção, exige a imediata reparação do dano e impõe, se for o caso, o pagamento de justa indenização à parte lesada. Nos termos do art. 68, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana, os Estados-membros comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso que forem partes, podendo a parte da sentença que determinar indenização compensatória ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Os Estados têm, ademais, a obrigação de não causar embaraço à necessária execução das decisões no plano do seu Direito interno, devendo adotar todas as *medidas necessárias* para que essa execução se opere eficazmente. Conjugando-se os arts. 67 e 68, §§ 1º e 2º, da Convenção, abstrai-se que as sentenças da Corte Interamericana têm caráter *vinculante* e efeito *direto* para as partes, eis que não admitem nenhum meio de impugnação e não podem ser revistas por qualquer autoridade interna, devendo os Estados, de boa-fé, pronta e efetivamente cumpri-las (*pacta sunt servanda*). Em outras palavras, a sentença da Corte adquire a autoridade de “coisa julgada internacional” a partir do momento em que é notificada às partes, passando a ser insuscetível de impugnação (internacional e interna). Todos esses deveres estatais estão intimamente ligados ao direito de acesso à justiça perante o sistema interamericano, eis que, como é lógico, tal direito supõe o fiel cumprimento daquilo que foi materializado na sentença.

Apesar de as decisões da Corte no exercício de sua função contenciosa possuírem natureza vinculante, servindo como título executivo no âmbito interno, vale lembrar que a jurisdição desta é tida como cláusula facultativa. Nesse sentido, o Brasil veio a reconhecer a

jurisdição da Corte apenas em 1998, na forma do Decreto Legislativo nº. 89/98, aceitando o julgamento de fatos ocorridos a partir desta data.

Ademais, Piovesan (2011) enfatiza que a jurisdição da Corte Interamericana não substitui a atuação dos Tribunais Internos dos Estados e não opera enquanto Tribunal de recursos ou cassação das decisões internas, cabendo verificar a conformidade dos atos dos Estados-membros que aceitaram soberanamente sua jurisdição contenciosa e vieram a descumprir com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

2.4.3 - Procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸

A primeira etapa a ser analisada em uma eventual submissão de caso à jurisdição contenciosa da Corte refere-se a legitimidade das partes para atuarem. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-membros podem submeter casos à Corte, excluindo a possibilidade de indivíduos terem acesso direto ao órgão no primeiro momento procedimental. Como foi explicitado no procedimento perante a Comissão Interamericana, para que esta leve o caso à Corte é necessário que haja o descumprimento das recomendações feitas pela Comissão ao Estado supostamente violador, além da necessidade de ter reconhecido a competência jurisdicional contenciosa da COIDH. Cabe lembrar que o Regulamento da COIDH possibilitou a participação das supostas vítimas, podendo estas apresentarem peticionamento, na forma do art. 40, do RCOIDH.

A Comissão submeterá o caso a corte mediante a apresentação do relatório, contendo “todos os fatos supostamente violatórios, inclusive a identificação das supostas vítimas” (art. 35, do RCOIDH). Na hipótese da apresentação de um caso à Corte por um Estado, deverá ser observado o disposto no art. 36, do RCOIDH. O Regulamento da Corte criou a figura do Defensor Interamericano que atua na representação de supostas vítimas que não possuam representação legal devidamente credenciada, podendo ser designado de ofício e as representará durante a tramitação do caso, conforme o art. 37 do RCOIDH.

As medidas provisórias poderão ser pedidas à Corte em qualquer fase do procedimento anterior à sentença com a constatação de “extrema gravidade e urgência e quando for necessário evitar danos irreparáveis às pessoas” (art. 27.1, do RCOIDH). Tais medidas poderão ser ordenadas de ofício ou a pedido da Comissão, dos Estados ou das supostas vítimas caso a

¹⁸ O procedimento descrito neste trabalho visa abordar as etapas de processamento de modo generalizado, não esgotando os diversos caminhos procedimentais possíveis em um caso concreto perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Comissão já tenha submetido o caso à Corte. Gonçalves (et. al, 2016, p. 378) explica quando ao conteúdo das medidas, podendo “a Corte determinar aos Estados obrigações de fazer, prestar ou não fazer, a depender das circunstâncias concretas e das medidas necessárias a evitar ou minimizar as graves lesões a direitos humanos que se verificaram, independentemente de perfeita individualização de cada uma das vítimas”. A Corte, na forma do art. 27.10, do RCOIDH, deverá incluir uma relação das medidas provisórias que tenha ordenado, as medidas a serem cumpridas e, no caso de não terem sido devidamente executadas, formular as recomendações pertinentes.

Assim como as medidas provisórias, a admissão de *amicus curiae* prevista pelo art. 44, do RCOIDH poderá ocorrer nos casos contenciosos na forma de escritos em qualquer momento do processo, no entanto, Gonçalves (et. al, 2016, p. 381) destaca o limite temporal para essa admissão, “no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública”. E “nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais”.

Posteriormente ao envio da petição à Corte, esta irá realizar um exame preliminar da submissão do caso, previsto no art. 38, do RCOIDH, momento em a Presidência do órgão verifica se faltou algum requisito fundamental na petição, e caso a constate, solicitará a adequação do pedido no prazo de 20 dias.

Findo o prazo acima e cumpridos os requisitos, a petição será admitida e o Secretário da Corte irá notificar: a Presidência e os Juízes da Corte, o Estado demandado, a Comissão no caso desta ter apresentado o caso e as supostas vítimas e seus representantes ou o Defensor Interamericano, como prediz o art. 29, do RCOIDH. Além disso, “junto com a notificação, o Secretário solicitará que, no prazo de 30 dias, o Estado demandado designe o ou os respectivos Agentes” (art. 39.3, do RCOIDH).

Após a referida notificação, será concedido o prazo improrrogável de dois meses a partir do recebimento da notificação para que as supostas vítimas apresentem petições, argumentos e provas, conforme o art. 40, do RCOIDH. Entretanto, Gonçalves (et. al, 2016) ressalta o fato de as vítimas não poderem ampliar os limites objetivos ou subjetivos da demanda, os quais foram estabelecidos pelo primeiro informe da Comissão.

O Estado demandado terá o prazo de dois meses para apresentar a Contestação e opor Exceções Preliminares, conjuntamente, de acordo com os arts. 41 e 42, do RCOIDH. Na Contestação o Estado poderá expor petições, argumentos e provas, indicando se aceita os fatos e pretensões apresentadas ou as contradiz, a indicação das provas de acordo com os fatos e

argumentos correspondentes, além do que diz respeito à identificação dos declarantes, propositura de peritos, fundamentos de direito e observações ao que lhe foi solicitado. Atento ao fato de que a Corte, pelo art. 41. 3, do RCOIDH, “poderá considerar como aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas”.

Quanto às exceções preliminares que deverão ser opostas no bojo da Contestação (art. 42.1, do RCOIDH), o Estado deverá expor todos os fatos, fundamentos, conclusões e documentos que as fundamentam, levando em consideração que “a apresentação de exceções preliminares não suspenderá o procedimento em relação ao mérito, nem aos prazos e aos termos respectivos” (art. 42.3, do RCOIDH). A indicação de provas abarca tanto a oportunidade concedida às supostas vítimas quanto ao Estado em Contestação e Exceções Preliminares.

Em seguida, atendidos os atos do procedimento das fases postulatória e contestatória, inicia-se o procedimento oral pela solicitação da lista definitiva de declarantes, na qual a Corte, atendendo ao previsto pelo art. 46, do RCOIDH, irá solicitar “à Comissão, às supostas vítimas ou aos seus representantes, ao Estado demandado e, se for o caso, ao Estado demandante” uma lista definitiva fazendo constar se estes desejam continuar ou desistirão das declarações das supostas vítimas, das testemunhas e dos peritos elencados. Ademais, a Corte irá transmitir a lista definitiva à outra parte e concederá prazo para apresentar observações, objeções ou recusas, de acordo com o art. 46.2, do RCOIDH.

Sucessivamente à transmissão da lista definitiva e exaurido o prazo determinado, as partes poderão impugnar as testemunhas da contraparte nos 10 dias seguintes ao recebimento da lista. A própria Corte irá analisar as impugnações feitas pelas partes, atendido o art. 47, do RCOIDH. Do mesmo modo pode haver, nos termos dos arts. 48 e 49 do Regulamento, a Corte poderá aceitar a recusa de peritos apresentados pelas partes e a substituição de declarantes.

Após essa etapa a Corte emitirá, atendendo o previsto no art. 50 do Regulamento, uma resolução contendo o que foi decidido acerca das “observações, objeções ou recusas que tenham sido apresentadas”, e “definirá o objeto de declaração de cada um dos declarantes”, além de requerer a remessa das declarações prestadas e convocará a audiência todos aqueles que considere necessária a participação.

A audiência agendada na resolução acima seguirá o estabelecido nos arts. 51, 52, 53, 54 e 55, do RCOIDH. Na audiência será inicialmente oportunizado que a Comissão exponha os fundamentos do relatório emitido sobre o caso, como também qualquer assunto que considere pertinente. Ouvida a Comissão, inicia-se o interrogatório das testemunhas juramentadas e dos peritos. Em seguida será aberta a oportunidade para as alegações das supostas vítimas ou seus

representantes constituídos, bastando quando a aquelas que sejam identificadas, sem prestar juramento. Após a Corte ter escutado os declarantes e os juízes terem formulados as perguntas que considerarem pertinentes ao caso, as vítimas ou representantes e o Estado demandado poderão expor suas alegações, oportunizando posteriormente “às supostas vítimas ou a seus representantes e ao Estado, respectivamente” (art. 51.7, do RCOIDH) a réplica e tréplica. Ao final a Presidência da Corte oportunizará aos juízes, caso desejem, que “formulem perguntas à Comissão, às supostas vítimas ou a seus representantes e ao Estado” (art. 51.10, do RCOIDH). Gonçalves (et. al, 2016, p. 383-384) destaca que

[...] os Estados não poderão processar as supostas vítimas, as testemunhas, os peritos, os representantes ou assessores legais, nem exercer represálias contra os mesmos ou seus familiares, em virtude de suas declarações, laudos ou sua defesa legal ante a Corte. Por sua vez, no caso de não comparecimento ou falso testemunho a Corte levará ao conhecimento do Estado que exerce jurisdição sobre a testemunha os casos em que as pessoas convocadas a comparecer ou declarar não comparecerem ou se recusem a depor sem motivo legítimo ou que, segundo o parecer da própria Corte, tenham violado o juramento ou declaração solene, para os fins previstos na legislação nacional correspondente. Frisa-se, ainda, que o Estado tem a obrigação de produção de provas, não sendo legítimo transferir esse ônus para as supostas vítimas. Ou seja, cabe ao Estado adotar uma postura proativa, já que as obrigações de proteção e respeito aos direitos humanos são de índole objetivas.

Após a audiência, as supostas vítimas ou seus representantes, o Estado demandado, o Estado demandante e, se entender conveniente, a Comissão, terão a oportunidade de apresentar alegações finais escritas no prazo que a Presidência da Corte determinar, em conformidade com o art. 56, do RCOIDH.

Antes da sentença ser proferida pela Corte poderá ocorrer algumas hipóteses de soluções não litigiosas previstas nos arts. 61, 62, 63 e 64, do Regulamento. Compreendendo a desistência do caso pelo polo ativo, que será decidida pela Corte, ouvindo a opinião dos interessados sobre a procedência e efeitos jurídicos da desistência; pode haver também o reconhecimento total ou parcial das pretensões pelo Estado demandado; ou a solução amistosa que, como ensina Gonçalves (et. al, 2016, p. 384), “se dá quando a Comissão, as vítimas ou supostas vítimas ou seus representantes, o Estado demandado e, ser for o caso, o Estado demandante” comunicam à Corte a existência de um acordo ou de outro fato que leve à solução do litígio. No entanto, em qualquer das hipóteses de soluções amistosas caberá à Corte decidir pela extinção do procedimento.

Não havendo solução amistosa, a Corte dá prosseguimento ao exame do caso e “levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos,

poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso” (art. 64, do RCOIDH), seguindo ao proferimento da sentença.

Na sentença a Corte deverá seguir o procedimento dos arts. 65, 66, 67, 68 e 69, do RCOIDH, podendo “julgar o pedido procedente ou improcedente, total ou parcialmente, e impor sanções e obrigações ao Estado, caso o pedido se mostre procedente” (GONÇALVES, et. al, 2016, p. 385). Quanto ao conteúdo e efeitos da sentença,

[...] inicialmente deve ser dito que será ela fundamentada, e caso não seja unânime, qualquer dos juízes terá o direito de agregar a ela seu voto dissidente, não havendo necessidade de que a decisão seja tomada por consenso. Tal decisão deverá ser notificada às partes no caso, e transmitida a todos os Estados partes na Convenção, os quais se comprometem a cumpri-la caso sejam condenados. Em caso de procedência, comprovando-se a efetiva violação de um direito ou liberdade protegidos, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdades violados. Determinará também que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. Nesse sentido, o que se quer dizer é que a decisão da Corte IDH não alberga apenas uma forma de satisfação, devendo ser tomadas todas as medidas necessárias a máxima proteção dos direitos humanos. Assim, a Corte poderá, além de determinar a cessação da conduta estatal ilícita, impor aos Estados diversas outras formas de reparação do dano ou criação de obrigações a tal Ente. Portanto, para além da indenização pecuniária que poderá ser arbitrada às vítimas e seus familiares, poderão ser impostas aos Estados obrigações de fazer (investigar o ocorrido, perseguir e punir os responsáveis, criar condições para a implementação do direito violado, alterar sua legislação) e de não fazer, constituindo a própria sentença uma forma de reparação. [...] Importante destacar que, para que o Estado seja condenado não é necessário que seja identificado o responsável direto pela violação de direitos humanos, nem mesmo que se estabeleça o nexó entre tal violação e a atuação de um agente estatal, sendo possível a responsabilização em caso de omissão infundada do Estado em investigar e punir atos praticados por particulares. Proferida a sentença condenatória, deverá o Estado, de boa-fé, cumprir a decisão emanada da Corte IDH, sob pena de incorrer em nova violação a direitos humanos pelo descumprimento da predita decisão. Para tanto, a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. No caso brasileiro será competente a Justiça Federal de 1ª Instância, já que a União figurará como ré dessa execução. Por fim, a Corte IDH não possui meios compulsórios de determinar o cumprimento de suas decisões, mas submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (art. 65 da Convenção), em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças, sendo esse um mecanismo político de indução do Estado ao cumprimento do veredicto internacional (GONÇALVES, et. al, 2016, p. 385-387).

Percebe-se nisso a fragilidade final do procedimento perante a Corte Interamericana, pois, levando em consideração a complexidade processual que uma vítima deve enfrentar para ter seu direito resguardado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, nisso considerado o procedimento perante a Comissão Interamericana, não é cabível um Estado reconhecidamente violador de direitos humanos recusar-se a cumprir uma sentença proferida pela Corte,

caracterizando além de uma afronta frontal aos direitos humanos reconhecidos no âmbito dos Estados Americanos, um total desrespeito aos compromissos internacionalmente firmados.

Por fim, após o proferimento da sentença pela Corte, e além da supervisão do cumprimento da sentença feito por esta no âmbito dos relatórios apresentados à Assembleia Geral da OEA, podem haver outras etapas procedimentais previstas no Regulamento, tais como: o pedido de interpretação (art. 68, do RCOIDH; e art. 67, da CADH) que deverá ser proposto no prazo de 90 dias contados da notificação da sentença, e poderá ser formulado em relação às sentenças de exceções preliminares, mérito ou reparações e custas, devendo a parte indicar com precisão o ponto divergente quanto ao sentido ou alcance da sentença.

Para elucidar o procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstra-se um fluxograma das principais etapas que um caso concreto deve seguir desde o recebimento da petição até a Sentença da Corte. Reconhecendo, no entanto, não esgotar todas as possibilidades e caminhos previstos quando se concebe uma situação real.

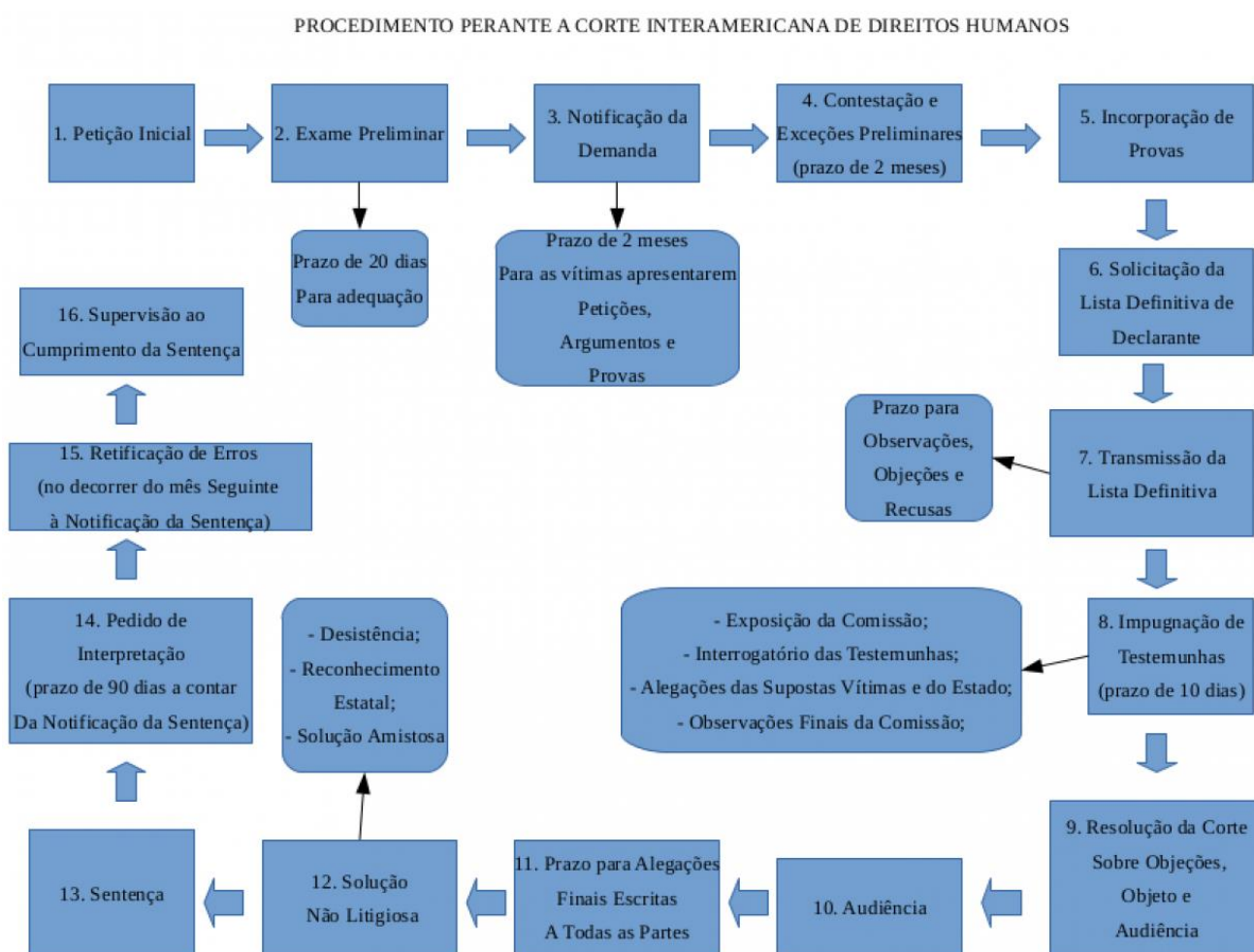


Figura 2 – Procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

3 – Conclusões Parciais

Apesar das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos terem caráter vinculante e valerem como título executivo, Piovesan (2011) problematiza a constante resistência ao cumprimento das reparações de caráter não pecuniário pelos Estados processados. Cabendo aos Estados-partes da Convenção Americana executar a supervisão final das sentenças e decisões da Corte.

Nesse sentido, a autora (2011, p. 157-160) propõem um necessário aprimoramento no tocante a atuação da Corte e Comissão no sentido de aprimorar o Sistema Interamericano, devendo haver a exigibilidade de cumprimento das decisões a Comissão pela modificação da legislação interna dos Estados relativa à implementação das decisões internacionais em matéria de direitos humanos, cumprindo assim o princípio da boa-fé previsto no ordenamento internacional. Além da necessidade de incluir a previsão de sanções ao Estado violador dos direitos humanos, em especial aquele que reiterada e sistematicamente descumpra as decisões internacionais, como também uma maior democratização do Sistema Interamericano, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte, e por último, instituir o funcionamento permanente da Comissão e Corte, propiciando melhores recursos administrativos, técnicos e financeiros a estes órgãos.

A Corte Interamericana ao exercer suas funções jurisdicionais consultiva e contenciosa, exerce um Controle de Convencionalidade primário, enquanto órgão legitimado a interpretar o previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo Facultativo daquela. Desse modo, é necessário haver o fiel cumprimento de suas decisões, sejam elas no sentido de sanções pecuniárias, recomendações ou adequação da legislação interna de acordo com a Convenção Americana, visando a efetiva proteção dos direitos humanos e garantir, assim, a real valorização e dignidade da pessoa humana no âmbito dos Estados Americanos.

Por fim, Piovesan (2011, p. 189-189) naquele ano destacou dificuldades percebidas ao analisar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que podem ser percebidas como ainda atuais insuficiências do sistema em consonância com as mesmas fragilidades dos Estados em proteger os direitos humanos no âmbito interno, enfatizando que a América Latina sempre demonstrou resistência à relativização dos princípios da soberania e da não intervenção, como também o dificultoso legado do sistema caracterizado por padrões conflituosos, afirmando que “há um continuísmo autoritário que remanesce como desafio à consolidação democrática, ao qual se somam questões relacionadas à *transitional justice* (a envolver, por exemplo, o debate sobre leis de anistia, o direito à verdade e o direito à justiça” (op. cit, p. 184). Além da

mencionada defasagem democrática do sistema, salientando a importância da atuação das ONGs e da sociedade civil no sentido de fortalecer a proteção aos direitos humanos no Sistema Interamericano, por meio de estratégias de litigância, monitoramento, investigação e relatórios, que dão publicidade às violações e mobilizam a mídia e, conseqüentemente, a opinião pública no sentido de pressionar internacionalmente os Governos. Assim como o impacto que as decisões da Corte têm tido sobre a região, aguçando o monitoramento e fiscalização da sociedade civil no sentido de promover o cumprimento das decisões. Tudo isso no sentido unívoco de promover, garantir e efetivar a proteção aos direitos humanos de maneira integrada, duradoura e eficaz.

3 - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

3.1 - Origem, Conceito e Modalidades

Os constantes casos de desacato às sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como também das recomendações no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos fizeram emergir uma intensa discussão doutrinária acerca do chamado controle de convencionalidade.

Ramos (2016) divide esse tipo de controle jurisdicional entre uma matriz internacional, na qual há a autêntica e definitiva execução de controle, considerando as Cortes Internacionais de Direitos Humanos como intérpretes definitivos das Convenções e Tratados existentes a depender do seu limite jurisdicional de atuação, e a outra matriz, de natureza nacional, abarcando o controle de convencionalidade no âmbito doméstico dos Estados-partes daquelas Convenções e Tratados, e com isto, seria o segundo um controle provisório ou preliminar.

Adotando esse entendimento, o controle de convencionalidade de matriz internacional teria surgido, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pela atuação jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana, enquanto órgão dotado de competência para julgar e interpretar casos referentes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por outro lado, o controle de matriz nacional teria surgido na França, no ano de 1975, com a decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez, “quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o artigo 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional” (RAMOS, 2016, p. 331-332).

A respeito do controle de matriz internacional no âmbito da Corte Interamericana, Torelly (2017) demonstra o aparecimento do primeiro posicionamento nesse sentido na

sentença proferida pela Corte no caso “A Última Tentação de Cristo” (caso Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile, de 2001, no qual a Comissão denunciou o Estado chileno por ter violado os direitos de liberdade de pensamento, expressão, consciência e de religião previstos nos arts. 12 e 13, da CADH, por ter censurado judicialmente a exibição cinematográfica do filme “A Última Tentação de Cristo”. No parágrafo 103.4 da sentença a Corte decidiu:

que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, como fim de suprimir a censura prévia para permitir a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, e deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro de um prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, um relatório sobre as medidas tomadas a esse respeito.

Percebe-se que no caso não houve um posicionamento direto quanto ao controle de convencionalidade, a Corte limitou-se a determinar a adequação da norma interna para com a norma internacional existente na Convenção Americana.

A expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada pela primeira vez pela Corte Interamericana na sentença do caso “Almonacid Arellano e outros Vs. Chile”, de 2006, ao decidir sobre a denúncia feita pela Comissão Interamericana quanto a ausência de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial de Almonacid Arellano pelo Decreto Lei nº. 2.191 (Lei da anistia chilena, de 1978), além da falta de reparação adequada aos familiares. O parágrafo 124 da sentença declarou que:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, faz do mesmo.

Essa decisão iniciou a jurisprudência em controle de convencionalidade no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando esta a fortalecer o entendimento em diversos casos posteriores, abrangendo cada vez mais a determinação de medidas no sentido de adequar atos internos dos Estados-membros à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A atuação do Brasil sobre controle de convencionalidade tem sido quase inexistente no âmbito dos tribunais domésticos, vislumbrando com isso a escassez de decisões em controle de

convencionalidade na matriz nacional, com poucos casos jurisprudenciais existentes em acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

A existência dessa divisão do controle de convencionalidade entre matrizes internacional e nacional é perceptível ao analisar os diversos entendimentos doutrinários sobre o conceito desse controle. Em uma perspectiva internacionalista, Ramos (2016, p. 331) conceitua o controle de convencionalidade como

[...] análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado *controle destrutivo ou saneador de convencionalidade*; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conforme às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um *controle construtivo de convencionalidade*.

O viés internacionalista utilizado pelo autor faz considerar o controle de convencionalidade de matriz nacional enquanto o conhecidos controles de legalidade, supralegalidade e constitucionalidade utilizados pelos tribunais domésticos, caracterizando-os enquanto convencionais a depender da matéria a ser analisada, ou seja, o parâmetro de controle será necessariamente um tratado internacional, sem entrar no mérito quanto ao status normativo utilizado pelo julgador.

Aliás, Ramos (2016, p. 304-307) elucida essa perspectiva externo-interno do controle de convencionalidade ao tratar sobre como o direito internacional considera o direito interno, pelo unilateralismo internacionalista. Assim, do ponto de vista dos Tribunais internacionais, o direito doméstico de um Estado-parte da Convenção a que se vincula é um mero fato, não reconhecendo o caráter jurídico das normas nacionais “[...]uma vez que o direito internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado é considerado uno perante a comunidade internacional” (op. cit, p. 304).

Quer dizer que, nessa ótica, o direito internacional analisa se o Estado cumpriu ou descumpriu os compromissos internacionais ratificados, de modo que eventuais alegações internas de superioridade normativa, estatuto normativo dos tratados no direito interno ou a maneira que estes tratados são incorporados nacionalmente são matérias estranhas ao Direito Internacional.

De outro modo, Mazzuoli (2016), sem ignorar os fatos elencados por Ramos (2016), faz um estudo focado no controle de convencionalidade pela perspectiva nacional-interna, conceituando-o enquanto:

compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado - é uma obrigação convencional que provém, em nosso entorno geográfico, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe, nos arts. 1.º e 2.º, que os Estados-partes na Convenção têm o dever (a) de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, devendo (b) tomar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar os efetivos os direitos e liberdades ali estabelecidos. A tais obrigações se acrescenta a do art. 43 da Convenção, segundo o qual “(o)s Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que ela lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção”.

Com isso, Mazzuoli (2016) prefere abordar o controle sob a ótica interno-externa, concentrando sua teoria na compatibilização do ordenamento jurídico interno com o internacional na matriz de convencionalidade nacional pela qual o juiz nacional exerce a principal atividade de controle, seja este difuso ou concentrado, a depender da competência do órgão jurisdicional. Nesse mesmo sentido Marinoni (2013); Sarlet (2013); Barroso (2013); Mendes (2013); e Piovesan (2013).

A cisão doutrinária sobre o tema não se dá necessariamente quanto a divisão do controle em matrizes interna e externa; autêntica ou provisória; definitiva ou preliminar. Apesar de, a exemplo de Ramos (2016), a doutrina internacionalista preferir destacar o enfoque externo do controle, o principal debate acerca disto ocorre ao delimitar o status da norma convencional no ordenamento jurídico brasileiro, ocorrendo a divisão entre das correntes doutrinárias entre os que consideram os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil como: supraconstitucionais; formalmente e materialmente constitucionais; materialmente constitucionais; supralegais; ou com status de lei ordinária federal.

Por fim, para compreender a disciplina do controle de convencionalidade, faz-se necessário abordar diversos posicionamentos e óticas doutrinários a fim de possibilitar o devido acordo entre os ordenamentos jurídicos interno e externo, evitando dicotomias e conflitos jurisdicionais, no sentido de possibilitar a melhor proteção possível ao ser humano no tocante à garantia de seus direitos, em especial a dignidade humana, princípio norteador e irradiante do ordenamento jurídico contemporâneo. Para tanto, é imprescindível o suporte da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que vem, sistematicamente, durante os últimos anos, desenvolvendo acurada jurisprudência na matéria, exercendo seu papel institucional de intérprete última da Convenção Americana, além de, claro, visualizar o posicionamento do

Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, ao analisarem e julgarem casos afetos ao controle de convencionalidade.

3.2 - O Controle de Convencionalidade sob o enfoque da matriz internacional: a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de controle de convencionalidade e leis de anistia

A análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante ao controle de convencionalidade, incluindo neste tópico, a apreciação de casos referentes a leis de anistia no contexto interamericano (reservando o caso *Gomes Lund e outros Vs. Brasil* para o capítulo seguinte, em razão da especial afetação ao objeto do trabalho), é condizente ao considerar a matriz internacional do controle, objetivando destacar os fundamentos e elementos utilizados pela Corte na apreciação de casos concretos.

Foram anteriormente mencionados os dois primeiros casos de sentenças cujo fundamento utilizou-se do controle de convencionalidade, implícita e explicitamente, quais sejam: o caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros Vs. Chile*, de 2011 e o caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, de 2006.

3.2.1 - A jurisprudência da Corte Interamericano de Direitos Humanos em matéria de controle de convencionalidade

A partir de 2006, com a sentença proferida no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, a Corte tem desenvolvido progressivamente sua jurisprudência em matéria de controle de convencionalidade, sendo perceptível o crescimento da utilização deste controle para o aperfeiçoamento tanto da atuação jurisdicional da Corte quanto da tentativa de adequar a os Estados-membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte proferiu, no ano de 2011, sentença sobre o caso *Gelman Vs. Uruguai*, cujo conteúdo versava acerca da denúncia feita pela Comissão Interamericana sobre violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à obrigação de sancionar estas violações de forma séria e efetiva, em decorrência do desaparecimento forçado de *María Claudia García Iruretagoyena de Gelman* no final do ano de 1976, tendo sido detida na cidade de Buenos Aires, Argentina, estando a

vítima em estágio avançado de gravidez. A Comissão alegou esse crime ter sido cometido no âmbito da Operação Condor, sob mando de agentes estatais uruguaios, sendo a vítima transportada para o Uruguai, local em que nasceu a criança e foi entregue a uma família uruguaia. Com isto, também solicitou o reconhecimento da nacionalidade argentina de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, enquanto filha da vítima. Nesse contexto, a corte determinou nos parágrafos 193 e 239 da sentença, o seguinte:

193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, 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 fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. 239. A simples existência de um regime democrático não garante, *per se*, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade”, que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. Neste sentido, a Suprema Corte de Justiça, no *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, ao estabelecer, *inter alia*, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são os direitos à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em aras dos quais possam ser sacrificados) e a sujeição dos poderes públicos à lei. Outros tribunais nacionais referiram-se também aos limites da democracia em relação à proteção de direitos fundamentais.

Fica evidente nessa decisão a posição da Corte no tocante ao controle de convencionalidade para além da esfera do Poder Judiciário, tema trabalhado por Mazzuoli (2016), ao exemplificar hipóteses de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo no mesmo sentido de manter seus atos institucionais, conferidos a estes pela Constituição, em concordância das previsões convencionais em tratados ratificados pelo Brasil, para, assim, evitar de início possíveis sanções e responsabilização internacionais.

No mesmo teor, ao julgar o Caso dos Massacre de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador, em 2012, referente a massacres sucessivos cometidos entre 11 e 13 de dezembro de 1981 no bojo de uma operação militar na República de El Salvador, nos quais aproximadamente

mil pessoas foram mortas, inclusive um grande número de crianças, sendo a investigação arquivada com base na Lei da anistia Geral para a Consolidação da Paz, a Corte decidiu

Em primeiro lugar, visto que a Lei da anistia Geral para a Consolidação da Paz carece de efeitos [...] o Estado deve assegurar que ela não volte a representar um obstáculo para a investigação dos fatos que são objeto do presente caso nem para a identificação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pelos mesmos e de outras graves violações de direitos humanos semelhantes que tenham ocorrido durante o conflito armado em El Salvador. Esta obrigação vincula todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto, os quais estão obrigados a exercer um controle “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes.

Já no Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela, com sentença proferida no ano de 2014, em razão da execução extralegal dos irmãos Igmarr Alexander Landaeta Mejías e Eduardo José Landaeta Mejías, com 18 e 17 anos de idade, respectivamente, realizada por funcionários do Corpo de Segurança e Ordem Pública do Estado de Aragua, na Venezuela, tendo a morte dos irmãos permanecido impune no âmbito da jurisdição interna venezuelana, a COIDH, em sede de controle de convencionalidade

[...]indicou, sobre a garantia específica do artigo 7.2 da Convenção, que qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de sua liberdade, implica que tal privação é ilegal e contraria a Convenção Americana. Ou seja, deve-se verificar se a detenção de uma pessoa foi realizada conforme a legislação interna, a fim de estabelecer a convencionalidade da detenção.

De outro modo, ao julgar o desaparecimento forçado das crianças José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Manuel Antonio Bonilla, Ricardo Abarca Ayala e Emelinda Lorena Hernández, ocorridos entre 1980 e 1982 no decorrer de um conflito armado conhecido como “contra insurgência” que ocorreu em El Salvador, tendo as crianças sido vistas pela última vez sob detenção dos membros das forças armadas, não tendo sido realizado pelo Estado uma investigação condizente, em um prazo razoável, a Corte considerou, similarmente ao decidido no Caso Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos

213. [...] que o Estado deve assegurar que a Lei da anistia Geral para a Consolidação da Paz não volte a representar um obstáculo para a investigação dos fatos, matéria do presente caso, nem para a identificação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis por estes fatos e as demais graves violações dos direitos humanos similares, ocorridas durante o conflito armado em El Salvador. Esta obrigação vincula todos os poderes e órgãos estatais, conjuntamente, os quais estão obrigados a exercer um controle “de convencionalidade”, *ex officio*, entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Por conseguinte, a Corte não

considera pertinente ordenar novamente a medida de reparação relativa à adequação normativa solicitada em referência à Lei da anistia Geral para a Consolidação da Paz, já que esta foi estabelecida na Sentença supracitada e o cumprimento do ordenado continua sendo avaliado na etapa de supervisão do seu cumprimento, sem prejuízo de reiterar sua inaplicabilidade à investigação de fatos como os do presente caso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador, sentença de 14 de outubro de 2014)

No entanto, nesse mesmo caso anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou no parágrafo 244 da sentença, de outro modo, considerar

[...] pertinente ordenar ao Estado que implemente, em um prazo razoável, programas permanentes de direitos humanos dirigidos a policiais, promotores, juízes e militares, bem como a funcionários encarregados da assistência a familiares e vítimas de desaparecimento forçado de pessoas, nos quais se incluam o tema dos direitos humanos de crianças desaparecidas durante o conflito armado e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, assim como do controle de convencionalidade.

Percebe-se pela leitura desses trechos das sentenças o fato de a Corte Interamericana ter incluído, paulatinamente, às suas decisões contenciosas a menção ao controle de convencionalidade tanto sob o aspecto da matriz internacional quanto da matriz nacional, incluindo, para além da sua atuação fundamental de intérprete da Convenção Americana, a atuação de todos os Poderes dos Estados-partes, sejam eles o executivo, legislativo ou o judiciário. Permanece, contudo, pertinente ressaltar a atuação do Poder Judiciário - em sua função típica - de julgar eventuais disparidades do ordenamento jurídico, sanando vícios pelo controle de convencionalidade difuso e/ou concreto.

2.2 - A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de leis de anistia, direito à vida, direito à memória e direito à verdade.

A questão das leis de anistia no contexto histórico Interamericano é sabidamente destacada pelos muitos regimes autoritários ocorridos em muitos Estados americanos, com ênfase no período de 1960 a 1990, dentre eles o regime ditatorial ocorrido no Brasil de 1964 a 1985, marcado por grandes violações a direitos humanos cujo legado persiste em afetar o regime democrático instituído no Brasil com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil, de 1988.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou diversos casos envolvendo questões referentes a leis de anistia, transições democráticas, direito à memória, direito à verdade, crimes de desaparecimento forçado e direito à vida, nesse contexto destacam-se os

casos: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 1988; Barrios Altos Vs. Peru, de 2001; Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, de 2006; La Cantuta Vs. Peru, de 2006; Gelman Vs. Uruguai; Contreras e outros Vs. El Salvador, de 2011; Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador, de 2014; e Rodríguez Vera e outros (desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia, de 2014, (reservado o processo envolvendo o Estado brasileiro no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil, de 2010 ao próximo capítulo), nos quais em maior ou menor grau os Estados-membros foram condenados a reparações pecuniárias às vítimas e familiares, implementação de medidas educativas em direitos humanos, modificação de legislação interna, persecução de investigação criminal adequada, além de outras medidas visualizadas caso a caso.

No caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 29 de julho de 1988, a Corte condenou o Estado hondurenho por ter violado os deveres de respeito e de garantia do direito à liberdade pessoal (art. 7, da CADH), à integridade pessoal (art. 5, da CADH) e o à vida (art. 4, da CADH), condenando o Estado de Honduras a pagar justa indenização aos familiares da vítima Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, detido pelas Forças Armadas hondurenhas em setembro de 1981, tendo sido torturado, e desaparecido nesse contexto, não havendo qualquer investigação para apuração dos fatos concernentes.

Desse modo, a Corte, nos parágrafos 155, 153 e 157, fixou jurisprudência sobre o desaparecimento forçado enquanto delito contra a humanidade, observado que naquela época não existia ainda a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, adotada em 2006 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ademais, considerou:

153. Apesar de não existir nenhum texto convencional em vigência, aplicável aos Estados Partes na Convenção, que empregue esta qualificação, a doutrina e a prática internacionais têm qualificado muitas vezes os desaparecimentos como um delito contra a humanidade (Anuário Interamericano de Direitos Humanos, 1985, páginas 369, 687 e 1103). A Assembleia da OEA tem afirmado que “é uma afronta à consciência do Hemisfério e constitui crime contra a humanidade” (AG/RES.666, *supra*). Também a tem qualificado como “um procedimento cruel e desumano, como propósito de evadir a lei, em detrimento das normas que garantem a proteção contra a detenção arbitrária e o direito à segurança e integridade pessoal” (AG/RES. 742, *supra*). 155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de vários direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados Partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que viola, ademais, o direito do detido a ser levado sem demora perante um juiz e a interpor os recursos adequados para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção, que reconhece o direito à liberdade pessoal [...]. 157. A prática de desaparecimentos, enfim, implica, com frequência, a execução dos detidos, em segredo e sem julgamento, seguida do encobrimento do cadáver como objeto de apagar todo rastro material do crime e de

procurar a impunidade dos que o perpetraram, o que significa uma brutal violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção [...].

Em 2001, ao julgar o caso *Barrios Altos Vs. Peru* - tratando de denúncia feita pela Comissão - a Corte condenou o Estado peruano pela violação dos direito à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas indicadas, tendo sido estas caracterizadas como subversivas pelo Estado e executadas sumariamente por agentes estatais, sem haver persecução criminal dos executores, sob alegação de aplicabilidade das leis de anistia nº. 36.476 e 26.492. A Corte declarou essas leis de anistia incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e conseqüentemente, carecendo de efeitos jurídicos, não podendo mais obstar as investigações criminais e reparações cíveis pelo Estado. Assim, determinou que o Estado do Peru investiga-se os fatos a fim de identificar as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos, além de divulgar publicamente os resultados e punir os responsáveis, e considerou, nos parágrafos 41, 42, 43 e 44 da sentença, serem inadmissíveis:

41. [...] as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. 42. [...] que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos, descumprindo o artigo 1.1 da convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção de leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrado no artigo 2 da mesma. 43. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente. 44. Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.

Nessa mesma sentença, o juiz A. A. Cançado Trindade, nos parágrafos 5, 6 e 11 do seu voto concordante, manifestou entendimento sobre o tema ao acentuar serem as autoanistias,

5. [...] em resumo, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (começando pelo próprio acesso à justiça). Elas são manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais - indissociáveis - dos Estados Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos [...]. 6. Há de ter presente, em relação às leis de autoanistia, que sua *legalidadeno plano do direito interno*, ao acarretar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos destaca que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno o é no ordenamento jurídico internacional, ainda mais quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Em realidade, o que se passou a denominar leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de autoanistia, mesmo que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, *não o são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 11. Sendo assim, as leis de autoanistia, além de serem manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana e desprovidas, em consequência, de efeitos jurídicos, *não têm validade jurídica alguma* à luz da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos. São, ao contrário, a fonte (*fons et origo*) de um ato ilícito internacional: a partir de sua própria adoção (*tempus commisi delicti*), e independentemente de sua aplicação posterior, comprometem a responsabilidade internacional do Estado. Sua vigência cria, *per se*, uma situação que afeta de forma continuada direitos inderrogáveis, que pertencem, como já indiquei, ao domínio do *jus cogens*. Configurada pela expedição dessas leis, a responsabilidade internacional do Estado encontra-se vinculada ao dever de fazer cessar tal situação violatória dos direitos fundamentais da pessoa humana (com a imediata derrogação daquelas leis), assim como, se for o caso, de reparar as consequências da situação lesiva criada.

Seguindo o sentido da jurisprudência anterior, a Corte, no caso Almonacid Arellano e outros *Vs. Chile*, ao decidir que o Estado Chileno foi responsável pela execução judicial de Almonacid Arellano, firmou no parágrafo 114 da sentença, avaliar a responsabilidade do Chile - afastando a alegação da Lei da anistia interna - não podendo os Estados se eximirem do “[...] dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna. Conseqüentemente, não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade”. Como também se desprende parágrafo 24 do voto fundamentado do juiz A. A. Cançado Trindade, ao considerar que:

Em última instância, as autoanistias violam os direitos à verdade e à justiça, desconhecem cruelmente o terrível sofrimento das vítimas, obstaculizam o direito a reparações adequadas. Seus efeitos perversos, no meu modo de ver, permeiam todo o corpo social, com a conseqüente perda de fé na justiça humana e nos verdadeiros valores e uma perversa distorção dos fins do Estado. Originalmente criado para a realização do bem comum, o Estado passa a ser um ente que extermina membros de segmentos de sua própria população (o mais precioso elemento constitutivo do próprio Estado, seu *substratum* humano) diante da mais completa impunidade. De um ente criado para a realização do bem comum, transforma-se em um ente responsável por práticas verdadeiramente criminosas, por inegáveis *crimes de Estado*.

Na sentença do caso *La Cantuta Vs. Peru*, de 2006, submetido à Corte pela Comissão Interamericana, em razão da violação dos arts. 3, 4, 5, 7, 8 e 25 da Convenção, versando respectivamente sobre o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal, as garantias judiciais e proteção judicial, sendo o Estado do Peru responsabilizado pelos sequestros ocorridos na Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta”, na cidade de Lima, em julho de 1992, tendo havido, além do sequestro das vítimas, a execução sumária destas, correndo impunes os sequestradores e executores (autoridades militares), além da prática de desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais perpetradas por agentes estatais sob ordens de chefes militares e policiais. Nesse contexto, a Corte, nos parágrafos 168, 169, 171, 174 e 222, determinou:

168. [...] o caráter contrário à Convenção da adoção e aplicação de leis que concedem anistia especialmente por crimes de lesa-humanidade. 169. [...] na hipótese de que as leis continuem surtindo efeito, se isso constituiria um descumprimento por parte do Estado dessa norma convencional, ou, caso não seja assim, se a própria existência dessas leis constitui uma violação da Convenção e se o Estado estaria obrigado, conseqüentemente, a adotar ulteriores medidas de direito interno a esse respeito. 171. Na Convenção, esse princípio (“*principe allant de soi*”) é abrigado no artigo 2, que estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção, a fim de garantir os direitos nela consagrados, o que implica que as medidas de direito interno deverão ser efetivas (princípio de *effet utile*). 174. Nesse âmbito de interpretação (caso *Almonacid Arellano* e outros, par. 123 a 124), a controvérsia subsistente deve ser localizada na primeira vertente de medidas que devem ser adotadas para adequar as normas internas à Convenção. Para efeitos da discussão exposta, cumpre especificar que a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são *ab initio* incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma “constitui, *per se*, uma violação da Convenção” por ser “uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte” nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte no *Caso Barrios Altos*. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção. 222. O Estado é obrigado a combater, por todos os meios disponíveis, a situação de impunidade que impera neste caso, já que essa situação propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total desproteção das vítimas e de seus familiares, os quais têm direito a conhecer toda a verdade dos fatos, inclusive quem são os responsáveis por eles. Esse direito à verdade, ao ser reconhecido e exercido numa situação concreta, constitui importante meio de reparação e dá lugar a uma justa expectativa das vítimas a que o Estado deve atender.

No ano de 2011, no bojo da sentença proferida pela Corte no caso *Gelman Vs. Uruguai*, a Corte destacou a relação entre a incompatibilidade de leis de anistia com o fim de anistiar crimes de lesa humanidade, no caso do desaparecimento forçado, e a devida justiça de transição

de um regime autoritário para o Estado democrático de direito. Desse modo, determinou nos parágrafos 195, 198, 226, 229, 233 e 236 da sentença, o seguinte:

195. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por graves violações aos direitos humanos. Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados. 198. No âmbito universal, em seu relatório ao Conselho de Segurança denominado *O Estado de Direito e a Justiça de Transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*, o Secretário Geral das Nações Unidas afirmou que: [...] *os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca pod[er]m prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra, ou de lesa humanidade ou por infrações graves dos direitos humanos [...]*. 226. [...] as leis de anistia, em casos de graves violações aos direitos humanos, são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito do Pacto de San José, pois infringem o disposto em seus artigos 1.1 e 2, ou seja, enquanto impeçam a investigação e a sanção dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos e, conseqüentemente, o acesso das vítimas e de seus familiares à verdade sobre o ocorrido e às reparações correspondentes, obstaculizando assim o pleno, oportuno e efetivo império da justiça nos casos pertinentes, ou enquanto favoreçam a impunidade e a arbitrariedade, afetando também seriamente o Estado de Direito, motivos pelos quais já foi declarado que, à luz do Direito Internacional as leis de anistia carecem de efeitos jurídicos. 229. A incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações aos direitos humanos e não se restringe apenas às denominadas “autoanistias” pois, mais do que o processo de adoção e da autoridade que emitiu a Lei da anistia, a Corte se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao Direito Internacional. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana em casos de graves violações aos direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas do aspecto material, na medida em que violam os direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. 236. É necessário reiterar que este é um caso de graves violações a direitos humanos, em particular desaparecimentos forçados, razão pela qual é esta a tipificação que deve primar nas novas ou antigas investigações correspondentes no âmbito nacional. Como já foi estabelecido, por se tratar de um delito de execução permanente, quer dizer, cuja consumação se prolonga no tempo, ao entrar em vigor a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas, a nova lei é aplicável sem que isso represente sua aplicação retroativa. Nesse mesmo sentido se pronunciaram tribunais da mais alta hierarquia dos Estados do continente americano ao aplicar normas penais em casos relativos a fatos cujo princípio de execução começou antes da entrada em vigor do tipo penal respectivo.

Ante o exposto, observa-se um salto jurisprudencial da Corte Interamericana, se nos casos anteriores aquela se ateu a condenar leis de “autoanistias”, a partir do acima demonstrado, a Corte declarou expressamente a incompatibilidade de qualquer lei que anistie crimes de lesa humanidade, em especial o desaparecimento forçado, pouco importando a questão formal de promulgação daquelas.

Também no ano de 2011, a Corte, ao julgar o caso Contreras e outros Vs. El Salvador, no qual responsabilizou o Estado de El Salvador pelos desaparecimentos forçados de crianças ocorridos entre 1981 e 1983. Condenando este a investigar, identificar, julgar e, caso seja

pertinente, punir todos os responsáveis, além de outras medidas estabelecidas na sentença. Nos parágrafos 83, 135 e 170, a Corte destacou seu entendimento quanto ao direito à memória, o direito à verdade e o caráter continuado do crime de desaparecimento forçado (à semelhança com o entendimento firmado no caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, de 2010), destacando que:

83. Além disso, no Direito Internacional a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva ampla da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na 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 perdura enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com o acima exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em estado de completa desproteção, acarretando outras violações conexas, sendo particularmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado. Em suma, a prática de desaparecimento forçado implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e tanto sua proibição com o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis alcançaram caráter de *jus cogens*. 135. [...] em cumprimento a suas obrigações de garantir o direito de conhecer a verdade, os Estados podem estabelecer comissões da verdade, que contribuem para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento dos fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. No entanto, isso não encerra ou substitui a obrigação do Estado de estabelecer a verdade por meio de processos judiciais, motivo pelo qual era obrigação do Estado iniciar investigações penais para determinar as respectivas responsabilidades. [...]. 170. [...] o direito a conhecer a verdade tem como efeito necessário que em uma sociedade democrática se conheça a verdade sobre os fatos de graves violações de direitos humanos. Trata-se de uma justa expectativa a que o Estado deve atender, por um lado, mediante a obrigação de investigar as violações de direitos humanos e, pelo outro, com a divulgação pública dos resultados dos processos penais e investigativos. É essencial, para garantir o direito à informação e à verdade, que os poderes públicos ajam de boa-fé e conduzam diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade sobre o ocorrido em casos de graves violações de direitos humanos como os desaparecimentos forçados do presente caso.

Por último, no ano de 2014, a Corte emitiu as sentenças dos casos *Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador*, com sentença proferida em 14 de outubro de 2014 e *Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) Vs. Colômbia*, sentença de 14 de novembro de 2014. No primeiro apurou-se os desaparecimentos forçados de crianças durante o conflito armado “contra insurgência”, e no segundo, o desaparecimento forçado de pessoas durante a “tomada e a retomada do Palácio da Justiça, na cidade de Bogotá, ocorrida nos dias 6 e 7 de novembro de 1985”. Nos parágrafos 212 e 234 da sentença do caso *Rochac Vs. El Salvador*, a Corte determinou,

212. [...] previamente, que, por se tratarem de graves violações aos direitos humanos, e em consideração ao caráter continuado ou permanente dos desaparecimentos forçados, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, o Estado deve abster de recorrer a figuras como a anistia em benefício dos autores, assim como outra disposição análoga para se isentar desta obrigação. [...] 234. O direito de saber a verdade implica em ter conhecimento pleno e amplo dos atos produzidos, as pessoas que participaram deles e as circunstâncias específicas, em particular, das violações perpetradas e de sua motivação. Nos casos de desaparecimento forçado de pessoas, o direito à verdade possui também uma faceta especial: o conhecimento do destino e do paradeiro das vítimas. A Corte considera que, além do trabalho realizado por diversas entidades para o conhecimento da sorte e do paradeiro das vítimas e o ajuizamento de pessoas responsáveis, corresponde ao Estado, como medida de reparação, buscar satisfazer o direito da sociedade, como um todo, a conhecer a verdade, recorrer a mecanismos idôneos para manter viva a memória das vítimas e dar transparência aos fatos que violaram os direitos humanos por meio do estabelecimento de espaços de memória pública, sejam esses memoriais, monumentos, museus, entre outros.

Pelo acima exposto, no parágrafo 234 da sentença do caso *Rochac vs. El Salvador*, a Cortedá especial destaque à relação específica que o direito a verdade possui com a apuração dos crimes de desaparecimento forçado, caracterizando uma categoria própria de apuração e conhecimento necessário dos fatos ocorridos no âmbito daqueles delitos de lesa humanidade.

E nesse mesmo entendimento, a Corte, nos parágrafos 226 e 228 da sentença do caso *Rodríguez Vera vs. Colômbia*, reiterou seu entendimento sobre o desaparecimento forçado de pessoas, destacando:

A respeito, a Corte recorda que o desaparecimento de uma pessoa, pelo fato de não se conhecer seu paradeiro, não é o mesmo que um desaparecimento forçado. O desaparecimento forçado de pessoas é uma violação aos direitos humanos constituído por três elementos concorrentes: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer da detenção e de revelar o destino ou paradeiro da pessoa interessada. [...] 228. Este Tribunal desenvolveu em sua jurisprudência o caráter pluriofensivo do desaparecimento forçado, bem como sua natureza permanente ou contínua, a qual implica que o desaparecimento forçado permanece enquanto não se conhecer o paradeiro da pessoa desaparecida ou a identificação absoluta de seus restos mortais. Enquanto perdure o desaparecimento, os Estados têm o dever de investigá-lo e, eventualmente, sancionar os responsáveis, conforme as obrigações derivadas da Convenção Americana e, em particular, da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado.

Pelo todo exposto, resta considerar a firmeza com a qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiterado, reafirmado e evoluído sua jurisprudência no tocante a casos envolvendo leis de anistia, crimes de desaparecimento forçado, violações aos direitos à memória, à verdade etc. Enfim, todos os desdobramentos reconhecidamente decorrentes de Governos autoritários no contexto das ditaduras que marcaram a história da América-central e América do sul, cujos efeitos são perceptíveis contemporaneamente. Resta aos Estados responsabilizados por tais crimes de lesa humanidade deixarem de pretender a isenção das

obrigações internacionalmente estabelecidas e adequar suas atuações internas às determinações da Corte Interamericana, [r]estabelecendo, assim, a plena garantia dos direitos humanos essenciais ao Estado democrático de direito, ou, como defende Mazzuoli (2016, p. 140-141), haver um adequado e necessário controle jurisdicional de convencionalidade das leis para garantir um efetivo “Sistema Constitucional e Humanista de Direito”.

3.3 - O Controle de Convencionalidade sob o enfoque da matriz nacional: a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

3.3.1 - Considerações iniciais

Como visto, Ramos (2016) dividiu o controle de convencionalidade jurisdicional das leis entre as matrizes internacional e nacional, a primeira, como já explicitado, atribui-se à atividade dos órgãos internacionais, reconhecidos e criados por normas internacionais, com a finalidade de evitar que os Estados-partes executem uma auto-fiscalização de seu controle de compatibilidade interna com as convenções internacionais, evitando o *judex in causa sua*. Nesse teor, o autor demonstra que o direito internacional considera o direito interno um “mero fato”, sendo a discussão sobre o estatuto normativo local dos tratados ou a sua recepção no ordenamento jurídico interno dos Estados uma matéria estranha ao Direito Internacional, cabendo a este analisar apenas se o Estado cumpriu com sua obrigação internacional, pouco importando eventuais escusas de cumprimento sob a alegação do direito interno.

Sem ignorar o fato de haver a discussão interna quanto ao diálogo das Cortes, as questões relativas ao status dos tratados internacionais de direitos humanos além dos tratados de matérias comuns, Ramos (2009, p. 819) ressalta que “o direito interno só será utilizado se a norma internacional lhe fizer remissão”. Com isso, considerando os problemas atuais relativos à aplicação das normas convencionais no direito interno brasileiro, Ramos (2016) constrói seu posicionamento acerca de como o direito brasileiro se relaciona com o direito internacional, destacando os processos de formação, incorporação e impregnação das normas internacionais.

Portanto, a respeito do ensinado por Ramos (2016), poderia indagar-se: o controle de convencionalidade de matriz nacional existe ou na verdade corresponderia ao controle de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade nos moldes já conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro? Diante disso, Ramos (op. cit, p. 332-333) diz que:

[...] o chamado controle de convencionalidade de matriz nacional é, na realidade, um controle *nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade*, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados. O autêntico controle de convencionalidade de tratado internacional é aquele realizado no plano *internacional*. O controle dito nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos interpretados das normas paramétricas contidas nos tratados. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados, implícita na afirmação da existência de um controle de *convencionalidade*. [...] Assim, preferimos utilizar o termo “controle de convencionalidade” para nos referir ao controle de matriz internacional, fruto da ação dos intérpretes autênticos no plano internacional.

De outro modo, Mazzuoli (2016) trabalha primordialmente o viés da matriz interna do controle de convencionalidade, se preocupando especialmente com a técnica de controle de convencionalidade no direito interno brasileiro, seja pela via difusa ou concentrada, abordando questões acerca da vigência, eficácia e validade das leis, além de desenvolver a teoria da dupla compatibilidade vertical material das leis, buscando, com isso, solucionar as diversas controvérsias no tocante a matéria do controle de convencionalidade. Haveria, assim,

[...] duas técnicas de controle conjugadas: aquela que leva em consideração somente o texto do tratado-paradigma e que acresce a interpretação (caso existente) que dele faz a Corte Interamericana, à luz de sua jurisprudência constante e dos padrões internacionais aplicáveis ao respectivo tema. Não havendo interpretação da norma já realizada pela corte regional, deverá o juiz postar-se no lugar de juiz internacional para, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir a sentença. O juiz doméstico há de ser, assim, *proativo* na interpretação (interpretação + aplicação) dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado, rechaçando *ex officio* qualquer interpretação - como se juiz internacional fosse - contrária aos objetivos e à finalidade desses tratados; deve, ademais, conhecer o *espírito* do sistema internacional (global e regional) de proteção dos direitos humanos, seus princípios e diretrizes. Tem-se aqui, como se percebe, relativamente à atividade do juiz convencional, um *desdobramento funcional* de competências, que o mantém na posição de juiz interno ao mesmo que lhe consagra tarefas de juiz internacional. Tudo o que não pode o Poder Judiciário fazer é deixar de aplicar a normativa internacional de proteção a pretexto de não a conhecer ou de não ter familiaridade com os seus mandamentos.

Percebe-se pelo excerto acima que os posicionamentos de ambos os autores, apesar de distintos, há neles um ponto incontroverso: o problema acerca do controle de convencionalidade de matriz nacional não está ligado à sua nomenclatura, seja ele considerado controle de convencionalidade, constitucionalidade, supralegalidade ou legalidade, importa saber qual o status dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, e a partir disso, buscar o nivelamento e adequação do posicionamento jurídico interno com o internacional, com a finalidade de evitar responsabilizações internacionais ao Estado brasileiro pelo descumprimento de sentenças e recomendações dos organismos internacionais existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ademais, sem desconsiderar os demais autores que desenvolvem trabalhos sobre o controle de convencionalidade das leis, seja sob a matriz internacional ou nacional, tais como: Marinoni (2013), Sarlet (2013), Barroso (2013), Appio (2013), Mendes (2013) e Alves (2013). Piovesan (2009; 2011; 2012; 2013) também se preocupou em, além de analisar o controle de convencionalidade das leis sob o enfoque internacional, buscar soluções para sanar o problema prático da hierarquia e incorporação dos tratados de direitos humanos no plano interno/nacional brasileiro.

Por fim, sem apreciar o mérito das muitas doutrinas sobre esse assunto, cabe demonstrar o posicionamento de Silva Ramos (2009) em cujo posicionamento frente à solução das questões referentes à incorporação e hierarquia de tratados internacionais no direito brasileiro em choque com a normativa interna considera que isto deve ser examinado sob o ponto de vista do direito positivo de cada Estado, e desse modo, “o Direito Internacional somente se integra à ordem jurídica estatal por meio de filtragem realizada pela correspondente Constituição [...]” (op. cit, p. 156).

3.3.2 - O status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamentos jurídico brasileiro

Atualmente, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal a respeito de Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi fixada no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343-1, de São Paulo, Ministros Relator: Cezar Peluso, acórdão publicado em 03 de dezembro de 2008. Nesse acórdão, prevaleceu o voto do Ministros Gilmar Mendes, seguido pela maioria dos demais ministros, entendendo que os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, cujo processo de incorporação não se deu pelo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, terão hierarquia de norma infraconstitucional supralegal, restando abaixo das normas constitucionais e acima das leis ordinárias federais. Em seu voto (p. 1135-1193), o Min. Gilmar Mendes estabeleceu o seguinte entendimento:

[...] Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. [...] Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monistas (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados - a qual, pelo menos no tocante ao

sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua -, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição. Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial - também observada no direito comparado - sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos. (STF. RE. n.º. 466.343-1/SP, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento de 03/12/2008)

Afastando os argumentos das correntes supraconstitucional, constitucional e a que defende o status de lei ordinária aos tratados de direitos humanos, o Min. Gilmar Mendes, indicando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deveria ser revisada¹⁹, sustentou a tese da supralegalidade dos tratados nos seguintes termos:

[...] 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. [...] a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] 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 condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...] Enfim, desde a

¹⁹ Antes do julgamento do RE. 466.343-1/SP, o posicionamento adotado pelo STF era da paridade normativa ordinária dos tratados internacionais, como, p.e. foi a tese defendida pelo Min. Celso de Mello no acórdão da ADI n.º 1.480-3/DF, (em 4/9/1997).

adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, tal como definido na EC 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional. (STF. RE. nº. 466.343-1/SP, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento de 03/12/2008)

Sem mencionar outras posições, no julgamento do RE. nº. 466.343-1/SP, em seu voto vencido, o Min. Celso de Mello reviu sua posição anteriormente adotada na ADI. nº. 1.480 e defendeu a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos afirmando que estes tratados: a) se ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/04, terão natureza formalmente e materialmente constitucional; b) se ratificados posteriormente à EC 45/04 e tendo sido incorporados pelo rito do §2º, do art. 5º, da CRFB/88, serão materialmente constitucionais; c) tendo os tratados de direitos humanos sido incorporados pelo procedimento do §3º, do art. 5º, da CRFB/88, serão equivalentes a emendas constitucionais; e d) os demais tratados cuja matéria não verse sobre direitos humanos, terão paridade às leis ordinárias.

Demonstrado o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal quanto ao status dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar algum dos posicionamentos que a doutrina tem emitido a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional.

Ramos (2016) defende, desde logo, que com a promulgação da EC nº 45/04 resta indiscutível o *status* formalmente constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CRFB/88, qual seja: “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”.

No entanto, Ramos (2016, p. 316) questiona a real necessidade do §3º, do art. 5º, da CRFB/88, por ter apenas, em sua visão, dificultado o rito de aprovação de um tratado de direitos humanos, sugerir pela utilização da expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos após a EC. nº 45/04 e não ter feito referência sobre a situação dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à referida emenda, criando, assim, uma “aberração jurídica” que “representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo §2º, do art. 5º, da CRFB/88.

Ademais, diante a situação atual resultante da EC nº 45/04, Ramos (2016, p.318) defende que todos os tratados internacionais de direitos humanos, sem importar terem sido incorporados antes ou depois da EC. nº. 45/04, com base no §2º, do art. 5º, da CRFB/88, teriam estatuto constitucional, e com isso, seriam materialmente constitucionais, ocorrendo, no caso do §3º, do art. 5º, da CRFB/88, a petrificação do tratado de direitos humanos, não podendo mais ser denunciado sem a necessidade de um quórum similar ao do §3º.

De maneira semelhante, Piovesan (2012) e Mazzuoli (2016) argumentam que os tratados internacionais de direitos humanos sempre terão *status* materialmente constitucional pela previsão do §2º, do art. 5º, da CRFB/88 (independentemente da possibilidade de incorporação pelo §3º, do art. 5º, da CRFB/88, e consequente equivalência formal à emenda constitucional). Já os tratados de matérias comuns terão *status* supralegal, restando a lei ordinária abaixo a estes e a constituição acima.

Para além disso, Mazzuoli (2016) leciona a teoria da “dupla compatibilidade vertical material” na qual defende, pela análise da vigência, validade e eficácia das leis, o intérprete da lei deverá analisar em seu julgamento, além da constitucionalidade da norma, a convencionalidade desta, submetendo a norma ao crivo da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de tratados comuns com natureza supralegal, para verificar se a norma vigente nos parâmetros formais do ordenamento, é também válida por estar de acordo com a constituição e tratados internacionais e com isso, eficaz e aplicável pelos tribunais, produzindo efeitos concretos. Nas palavras do autor (op. cit, 2016, p.160):

Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional (quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos tratados comuns) é lícito concluir que a produção normativa doméstica deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns (de estatura supralegal). Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).

No que diz respeito a discussão acerca da aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos prevista no §1º, do art. 5º, da CRFB/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, Piovesan (2012) entende ser possível a invocação aplicabilidade imediata de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o

Brasil seja signatário sem que haja necessidade da edição de um ato com força de lei, bastando a ratificação do ato internacional pelo Governo brasileiro. Restando aos tratados de matérias comuns a exigibilidade de intermediação do ato normativo para torná-los obrigatórios no ordenamento nacional.

De modo distinto, Ramos (2016, p.323) acredita que a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos pelo §1º, do art. 5º, da CRFB/88 não deve ser defendida com base neste artigo, mas sim pelo fato de não haver previsão constitucional que faça menção expressa à necessidade de um decreto presidencial para a incorporação dos tratados de direitos humanos.

Por último, Silva Ramos (2009, p.146-188) ao se posicionar sobre a necessidade de a questão da incorporação e hierarquia dos tratados internacionais no direito interno ter necessariamente que ser abordada sob o enfoque do direito positivo nacional, se manifesta contrariamente a possibilidade do monismo internacionalista incidir no ordenamento jurídico interno, estando o Direito Internacional cada vez mais interferindo no plano interno. O autor defende que não há incorporação automática de tratados internacionais ao direito brasileiro sem que haja a necessária aprovação que resulta na promulgação daqueles no ordenamento jurídico interno.

Silva Ramos (op. cit, p.165-166) defende ainda a seguinte interpretação do §2º, do art. 5º, da CRFB/88, quanto ao elenco dos direitos fundamentais reconhecidos pelo constituinte: a) os direitos fundamentais expressos, de estatura constitucional; b) os direitos fundamentais implícitos, decorrentes de normas constitucionais e que, portanto, assumem a sua posição hierárquica; c) os direitos fundamentais implícitos de nível legal; e d) os direitos fundamentais expressos, provenientes de tratados incorporados ao direito brasileiro, e que, como sucede com todo e qualquer tratado, gozam de hierarquia infraconstitucional, em paridade com a lei ordinária. E nesse sentido, o autor (op. cit, p.166) aceita que todas as normas veiculadoras de direitos fundamentais são materialmente constitucionais, mas “[...] não há, entretanto, que se confundir a materialidade de normas constitucionais com as características que autorizam a sua inclusão no direito constitucional formal”, não contando, assim, com a supremacia e rigidez do regime formal constitucional.

Mais que isso, Silva Ramos (op. cit, p.177) entende os tratados internacionais de direitos humanos que não forem incorporados pelo rito do §3º, do art. 5º, da CRFB/88 são passíveis de denúncia pelo chefe do Poder Executivo, sem maiores dificuldades em relação a matéria daqueles. E concluiu dizendo o seguinte:

Jamais me seduziu a ideia do estabelecimento de dois regimes jurídicos distintos aplicáveis aos tratados internacionais, sob o prisma do procedimento e efeitos de sua incorporação ao ordenamento interno, emprestando-se tratamento privilegiado aos tratados sobre direitos humanos. Por mais bem intencionados que sejam, esquecem-se os festejados defensores dessa dicotomia que o primado dos direitos fundamentais da pessoa humana não prescinde dos instrumentos básicos do Estado de Direito e do funcionamento democrático das instituições estatais (e suas projeções no âmbito do Direito Internacional Público), pois destas, em última análise, se espera a proteção e promoção, por assim dizer cotidiana, dos direitos humanos, cabendo ao sistema internacional de proteção uma atuação subsidiária e complementar. O ativismo em prol dos direitos humanos dissociado do respeito à dinâmica da representação política democrática e ao princípio da legalidade tem redundado, invariavelmente, em mero voluntarismo antidemocrático, ainda que camuflado por um discurso de generosidade em prol da pessoa humana. Logo, mesmo em matéria estranha aos direitos humanos, deverá a Constituição impedir que o Estado brasileiro deixe de implementar aquilo a que se obrigou no plano internacional, adotando-se para os tratados em geral o regime jurídico que se veio alinhar. (Silva Ramos, 2009, p. 188)

Em conclusão, demonstrados os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao controle de convencionalidade das leis e ao *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, cabe apontar os reflexos que essas discussões têm tido no sistema jurídico brasileiro.

Tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, já é possível visualizar alguns entendimentos jurisprudenciais utilizando o termo controle de convencionalidade em suas decisões. Na ADI nº. 5.240/SP, Min. Rel. Luiz Fux, julgada em 20/08/2015, o STF decidiu pela constitucionalidade da audiência de custódia, destacando que:

A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

E em seu voto, o Min. Teori Zavascki destacou que:

A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº. 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto.

E de maneira explícita, o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de convencionalidade no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº.

860.979/DF, Min. Rel: Gilmar Mendes, julgado em 14/04/2015, decidindo pela constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade.

Tudo isso serve para perceber as divergências reais e aparentes entre o entendimento do STF e da COIDH, de um lado, pelo controle de constitucionalidade e, do outro, no controle de convencionalidade, cada um no exercício de suas atribuições jurisdicionais formalmente atribuídas, sem que haja uma solução aparente para tais conflitos.

CAPÍTULO 4 - A ADPF Nº. 153 E O CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL: a constitucionalidade e inconvenção da Lei da anistia brasileira (Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979)

4.1- Considerações iniciais

No ano de 2010 foram proferidas duas decisões referentes a validade da Lei da anistia brasileira (Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979). A primeira, um acórdão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153 (ADPF nº. 153) declarou, no dia 29 de abril, a constitucionalidade daquela lei, e de outro modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (COIDH) na sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil decidiu, além de outras determinações, pela inconvenção da Lei da anistia brasileira. Com isso, têm-se que, a Lei da anistia brasileira é, ao mesmo tempo, constitucional e inconvenção, configurando uma situação de incongruência no campo de sua validade.

Sem contestar o mérito de ambas as decisões, resta certo que o Brasil, caso descumpra o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja sentença possui natureza vinculante sobre todos os Poderes do Estado, estará violando a disposição do art. 68.1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso que forem partes”.

Diante disso, buscou-se elencar os motivos que levaram ao Supremo Tribunal Federal a entender pela constitucionalidade da Lei da anistia brasileira, e do mesmo modo, de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter declarado a incompatibilidade daquela com a Convenção Americana, configurando em sua inconvenção.

4.2 - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

No dia 29 de abril de 2010 o Supremo Tribunal Federal, no exercício de suas atribuições constitucionais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, decidiu a respeito da constitucionalidade da Lei da anistia brasileira (Lei nº. 6.683/79), nos seguintes termos:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DA ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO

ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sancionado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei da anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e

generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de Lei da anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.(ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011)

Essa ADPF foi arguida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB com o objetivo de declarar a não recepção, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do §1º do artigo 1 da Lei n. 6.683, de 19/12/1979:

Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexos a estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º. Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Atendidos os requisitos para a propositura da Arguição de Preceito Fundamental, o Conselho Federal da OAB alegou, entre outros pontos, haver controvérsia acerca de a Lei da anistia englobar as práticas de homicídios, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor perpetrados por agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar. Requerendo, com isso, que o STF declarasse que a anistia concedida pela lei nº. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes estatais - englobando crimes hediondos - , contra os opositores políticos do regime militar.

Dos 11 (onze) ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, 9 (nove) compuseram o plenário de votação da ADPF, dos quais 7 (sete) votaram pela improcedência do arguido, quais sejam, os ministros: Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Eros Grau e Cármen Lúcia. Enquanto 2 (dois) ministros votaram pelo provimento da arguição: Ayres Britto, julgando parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB/88 (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, [...], por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”), e o ministro Ricardo Lewandowski, que julgou pelo provimento parcial da arguição.

Antes de elencar alguns pontos suscitados no acórdão, destaca-se o fato de não terem os arguentes mencionado a questão da inconveniência da Lei da anistia no momento da propositura da ADPF nº. 153, desse modo, o STF não apreciou esse mérito, não tendo, inclusive, o feito pela via incidental. As duas únicas menções feitas à Corte Interamericana de Direitos Humanos estão contida nas páginas 37 e 183 do inteiro do acórdão, pelos votos dos ministros Eros Grau, que afastou a autoridade da Corte para conhecer casos relacionados a fatos posteriores a 10 de dezembro de 1988, *in verbis*:

42. Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei n. 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido. Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann: “... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968

nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1988’ ”.

E também no voto do ministro Celso de mello, ao destacar:

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos - como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a Lei da anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 - que traduz exemplo expressivo de anistia de “mão dupla” (ou de “dupla via”), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão - não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas. Como anteriormente ressaltado, não se registrou, no caso brasileiro, uma auto-concedida anistia, pois foram completamente diversas as circunstâncias históricas e políticas que presidiram, no Brasil, com o concurso efetivo e a participação ativa da sociedade civil e da Oposição militante, a discussão, a elaboração e a edição da Lei da anistia, em contexto inteiramente distinto daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai, dentre outros regimes ditatoriais.

Excetuadas aquelas passagens, não houveram quaisquer outras menções à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incluída a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Considerando esse fato, os argumentos utilizados para declarar a recepção e consequente constitucionalidade da Lei da anistia brasileira foram relacionados sobretudo a questão desta ser uma “lei-medida”, cujos efeitos se exauriram no momento de sua promulgação, a atribuir extensão dos crimes conexos a todos os crimes praticados naquela época, além de considerá-la uma anistia bilateral, ampla e geral, consistindo num pacto social necessário à transição à democracia além de ter sido reafirmada pela Emenda Constitucional nº. 26/85. Nesse seguimento, destacam-se alguns pontos argumentados pelos ministros.

Em seu entendimento sobre a Lei da anistia ter sido uma “lei-medida”, o ministro Eros Grau, relator do processo, argumentou pela análise interpretativa daquela lei, definindo, entre outros argumentos, nos parágrafos 11, 34, 35 e 39 de seu voto, o seguinte:

11. [...] todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma. Por isso mesmo afirmarei, em outro contexto, que se impõe “observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada”. Daí não caber a afirmação de que o texto de que nesta ação se cuida seria, por obscuridade, tecnicamente inepto. Observo apenas, quanto a este primeiro ponto, aspecto ao qual adiante retornarei. É que --- como a interpretação do direito consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas --- cumpre definirmos qual a realidade, qual o momento da realidade a ser tomado pelo intérprete da Lei n. 6.683/79. 34. Interpretamos sempre os textos e a realidade. Daí --- o que venho reiteradamente afirmado --- que o direito é um dinamismo, donde a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade de seus conflitos. Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de leis-medidas. 35. [...] As leis-medida (*massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. Cuida-se então, de lei não-norma, contudo, em sentido material. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX²⁰. Pois o que se impõe deixarmos bem vinculado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. 39. Pois assim há de ser também com a anistia de que ora cogitamos. Aqui estamos, como nas demais anistias a que venho aludindo, diante de lei-medida. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada em 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido.

²⁰ XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Esse argumento da “lei-medida” concatenou - em razão do entendimento que o STF atribuiu ao contexto histórico em que a Lei da anistia foi elaborada, argumentando sobretudo de ser uma anistia bilateral - a decisão pela conexão dos crimes comuns com os crimes políticos.

Sob pena de incorrer no desvio de objeto trabalhado, qual seja, a inconveniência da Lei da anistia brasileira, não elencou-se os argumentos a respeito dos crimes-conexos, de outro modo, vale destacar o contexto histórico atribuído, pelo STF, à Lei da anistia brasileira.

O ministro Eros Grau demonstrou no parágrafo nº. 43 de seu voto, o seguinte entendimento:

Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros. Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo, em nome dos subversivos? O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência.

No mesmo sentido, a ministra Cármen Lúcia, no parágrafo 2 de seu voto pronuncia entendimento no sentido de delimitar o debate da arguição proposta à análise da extensão da expressão “crimes conexos”, mas também faz algumas ponderações a respeito do direito à memória e ao momento histórico de elaboração da Lei da anistia brasileira, *in verbis*:

2.1. Como se tem, expressamente, no muitas vezes citado Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil [...] “não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes”. Daí porque afirmo, de início, que o de que aqui se cuida é tão somente de se analisar e concluir sobre a extensão da expressão “crimes conexos”, mencionada no §1º do art. 1º da Lei n. 6683/79. [...] Assim, o direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza, daria resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente arguição, simplesmente não é este o tema posto, nem parece haver dúvidas tão graves quanto as que se suscitam na presente arguição. É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, porque faz e para que faz. Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para

não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades. 2.3. [...] Esta é uma lei que foi acordada, mas não apenas por uns poucos brasileiros, num país de silenciosos, como eram próprios daqueles momentos ditatoriais. [...] Assim, não se pode, em nome de uma argumentação legítima, trazida agora a este Supremo Tribunal, sobre a interpretação de expressão da Lei n. 6683/79 ignorar-se tudo o que se passou e que secundou a formação daquele documento, goste-se ou não do que nele se contém ou o que dele resultou.

Por último, em seu voto vencido (fls.134 - 146), o ministro Ayres Britto rechaçou o argumento de conexão entre crimes políticos e crimes comuns, para tanto, argumentou interpretação diversa ao voto vencedor, desconsiderando a Lei da anistia objeto da ação enquanto uma “lei-medida”, cuja anistia se deu de modo bilateral, amplo e geral, não havendo a possibilidade de englobar crimes de lesa-humanidade, como exposto a seguir:

[...] No indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda levá-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma. [...] eu não consigo enxergar no texto da Lei da anistia essa clareza que outros enxergam, com tanta facilidade, no sentido de que ela, Lei da anistia, sem dúvida incluiu no seu âmbito pessoal de incidência todas as pessoas que cometeram crimes, não só os singelamente comuns, mas os caracteristicamente hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política ou sob tipificação política. [...] o método histórico não é para afastar *a priori* qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso da Lei da anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deontológico da lei. [...] Quem redigiu essa lei não teve coragem - digamos assim - de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. [...] certos crimes são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. [...] Conceder anistia ampla, geral e irrestrita tem que ser algo muito deliberado e muito claro, principalmente se formalizada após um regime político de exceção. O que interessa é a vontade objetiva da lei, não a vontade subjetiva do legislador. [...] crimes propriamente políticos, a pressupor, no autor desse crime, uma elaboração mental ou uma concepção teórica; um modo particular de conceber a pessoa jurídica do Estado e de seu governo. Por que, afinal, o que é política? Por que o crime é político? Política é o reino do coletivo, é o que há de mais abrangente, geográfica e pessoalmente. Daí dizer que política é a arte e a ciência de governar. Política é o governo da pólis, e há modos de conceber e praticar o governo da pólis. Quero dizer: o parâmetro, o centro de referibilidade inafastável é o crime político. O conexo é secundário, está no plano da secundariedade; no plano da principalidade está o político, que tem que ser o crime praticado com essa motivação, serviente de um propósito político. O que, *a priori*, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte: crime de lesa-humanidade, praticado por uma antipessoa. Antipessoa é pior do que um animal. Isto é, além de não ser pessoa, é pior do que um animal, porque o animal não tortura. Mas a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse. De caráter relativo ou não absoluto foi o movimento pela abertura democrática (que seria ampla, geral e irrestrita). Não o movimento pela anistia. Até porque a anistia promove uma falta de isonomia no interior das próprias Forças Armadas, devido a que a maioria dos militares jamais incidiu em tortura. Não compactuou com tortura ou coisa que o valha. [...] Dir-se-ia que a Emenda nº 26 foi

manifestação do poder constituinte originário e constitucionalizou por forma definitiva a anistia. [...] O ato de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é, digamos assim, prefacialmente um ato constituinte. É apenas precária e efemeramente um ato constituinte. Mas uma das características centrais da Assembleia Nacional Constituinte é a incondicionalidade do seu agir. Se ela quiser seguir as regras procedimentais estabelecidas pelo ato de convocação, o faz, mas por virtude da sua própria deliberação. Ninguém pode impor sua vontade a uma Assembleia Nacional Constituinte, nem mesmo o autor do ato de sua convocação, tampouco o ato em si de tal convocação, porque uma Assembleia Nacional Constituinte tem o poder de tudo poder. É mais do que isso: ela é o poder de tudo poder. Ela é onipotente e unipotente: só ela é totalmente potente, por ser o poder de tudo poder. Menos deixar de ser esse poder de tudo poder.

Por fim, independentemente do mérito dos argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, resta evidente que esta decisão possui, por si, natureza vinculante, submetendo os poderes públicos a observar o decidido. Em contramão, sete meses após esta decisão do STF, a Corte Interamericana emitiu a sentença do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, cuja natureza também vincula o Estado brasileiro a seu fiel cumprimento, cujo teor impôs medidas frontalmente contrárias ao disposto na ADPF nº. 153. Com isto, faz-se necessário visualizar os fundamentos utilizados pela Corte Interamericana, o determinado pela sentença, bem como o entendimento que esta fez acerca da compatibilidade da Lei da anistia brasileira com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

4.3 - O caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*

No dia 24 de novembro de 2010, Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, no exercício de suas atribuições previstas nos artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹ e artigos 30, 38.6, 59 e 61²² do Regulamento da Corte, no qual decidiu, por unanimidade, entre outros pontos referentes à competência temporal, exceções preliminares:

²¹ 62.3: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

63.1: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

²² O regulamento acima tratado é o anterior ao aprovado pela Corte no seu LXXXV período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

1. Admitir parcialmente a exceção preliminar de falta de competência temporal interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 15 a 19 da presente Sentença. 2. Rejeitar as demais exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 26 a 31, 38 a 42 e 46 a 49 da presente Sentença.

E com isso, a Corte declarou, unanimemente, que:

3. As disposições da Lei da anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. 4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma. 5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei da anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma. 6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrados no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão. 7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão.

Diante das violações expostas, a Corte condenou o Estado brasileiro, considerando a Sentença em si uma forma de reparação, ao cumprimento das seguintes medidas:

8. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação. 9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença. 10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença. 11. O Estado deve

oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 e 269 da presente Sentença. 12. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença. 13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença. 14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença. 15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. 16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações a direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença. 17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão. 18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 117 da presente Sentença apresentem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma. 19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença. 20. Os familiares ou seus representantes legais apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998. 21. A Corte supervisionará o cumprimento o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deverá apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

A denúncia do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* foi proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 26 de março de 2009, originada da petição apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, no dia 7 de agosto de 1995, representando as pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e dos familiares das vítimas.

O Estado brasileiro foi responsabilizado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia, isso como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar brasileira entre 1964-1985. Além disso, o Estado brasileiro não realizou investigação penal dos casos pela impossibilidade imposta na Lei da anistia brasileira, configurando restrições nos direitos ao acesso à justiça, à informação, à verdade, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à liberdade de pensamento e expressão e proteção judicial, todos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e em conexão com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e do dever de adotar disposições de direito interno previstas naquela Convenção.²³

Elencaram-se alguns pontos de referência na sentença do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*: não houve menção explícita à inconvenção da Lei da anistia brasileira, entretanto, esta foi declarada implicitamente por ser incompatível com a convenção, além da declaração de que o Estado brasileiro não exerceu o controle de convencionalidade para adequar as disposições da Lei da anistia com a Convenção Americana; a Corte analisou a incompatibilidade da Lei da anistia pormenorizadamente; declarou existirem práticas constitucionalmente intoleráveis no âmbito interno dos Estados-membros, fazendo um paralelo entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade; apreciou a ADPF nº. 153 e também fez análise sobre o que seriam crimes conexos, no caso; e por fim, analisou a Lei da anistia brasileira, utilizando sua jurisprudência e apreciando a alegação de a Lei da anistia ter sido bilateral. Assim, segue-se à visualização dos dispostos.

A Corte Interamericana, naquele caso, declarou a incompatibilidade da Lei da anistia brasileira pela análise da incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos

²³ Art. 3: “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”; art. 4: “1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”; art. 5: “1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, “2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”; art. 7: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.”; art. 1.1: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”; art. 2: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

humanos com o Direito Internacional, dessa forma, nos parágrafos 147, 149, 150, 160, 172, 173, 174 e 175 da sentença, a Corte declarou que:

147. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos direitos humanos. Esta Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados. 149. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai, sua contrariedade com o Direito Internacional. [...] 150. No âmbito universal, em seu Relatório ao Conselho de Segurança, intitulado “O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofreram conflitos”, o Secretário-Geral das Nações Unidas salientou que: “[...] os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca pod[er]em prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra, ou de lesa-humanidade, ou por infrações graves dos direitos humanos [...]”. 160. A contrariedade das anistias relativas a violações graves de direitos humanos com o Direito Internacional foi afirmada também pelos tribunais e órgãos de todos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos. 172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei da anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) 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 da 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. 173. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos. 174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei da anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem 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 consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. 175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 *supra*), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que

ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei da anistia, se além à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.

Além disso, pelas razões da incompatibilidade da Lei da anistia com a Convenção Americana, a Corte estabeleceu que há uma obrigação de o Estado exercer um controle de convencionalidade, especialmente no que tange ao Poder Judiciário, inclusive no sentido e observar a interpretação feita pela Corte Americana sobre os dispositivos da Convenção. Nesse sentido, dispôs nos parágrafos 176 e 177 da sentença:

176. Este tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, 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. 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei da anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente, contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais e internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.

Com isso, a Corte destaca o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº. 153, observando nos parágrafos 43, 48 e 49 da sentença as razões de que o Estado brasileiro não pode se eximir das obrigações internacionais vinculadas pela Convenção Americana em razão do decidido no julgamento da ADPF, desse modo, a Corte dispôs que:

43. [...] com base na Arguição de Descumprimento nº 153, o Estado apresentou duas exceções preliminares, uma relativa à falta de esgotamento dos recursos internos e outra relacionada com a fórmula da quarta instância. Quanto à primeira dessas alegações, a Corte já estabeleceu que o Estado não apresentou essa exceção no momento processual oportuno e desestimou esse argumento (par. 40 *supra*). Embora a extemporaneidade dessa alegação seja o fundamento de sua recusa, a Corte Interamericana considera conveniente prestar os seguintes esclarecimentos. Em primeiro lugar, é evidente que a Arguição de Descumprimento não é um recurso que se possa considerar disponível, não somente porque não estava regulamentada no momento da interposição da denúncia perante a Comissão, mas também porque os particulares, como os familiares das supostas vítimas, não estão legitimados para utilizá-lo, dado que os únicos legitimados para interpor essa ação são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais. Além disso, o objeto da referida ação é evitar ou reparar uma possível lesão a uma norma fundamental, que, no caso perante o Supremo Tribunal Federal, se expressava em uma determinada interpretação constitucional. Disso se deduz claramente que tampouco constituía um recurso adequado para reparar as violações alegadas, isto é, para esclarecer os fatos, estabelecer as responsabilidades individuais deles decorrentes e determinar o paradeiro das supostas vítimas desaparecidas. 48. A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana [...]. 49. Em numerosas decisões, 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 da 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 instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.

Pelo exposto, a Corte Interamericana reafirmou sua jurisprudência ao condenar o Brasil a reparar os danos causados às vítimas e familiares das vítimas no contexto da Guerrilha do Araguaia, não permitindo que o Estado se exima de cumprir as obrigações internacionais sob alegação de incompetência temporal da Corte por se tratar o desaparecimento forçado um delito de natureza contínua, que só se extingue com a localização da vítima e portanto, não prescreve, abarcando a competência temporal da Corte. E com isso, julgou a Lei da anistia brasileira incompatível com a Convenção Americana sobre direitos humanos, por perpetrar a impunidade dos agentes violadores e negar direitos e garantias às vítimas, reconhecidos na Convenção, configurando violação direta aos preceitos convencionais firmados pelo Brasil.

Entretanto, mesmo tendo sido proferida a sentença no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, resta observar o cumprimento desta decisão no âmbito interno, tarefa atribuída à Corte

Interamericana, que já emitiu seu primeiro relatório de supervisão de cumprimento de sentença, no ano de 2014.

4.4 - A supervisão de cumprimento da sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

No dia 17 de outubro de 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de suas atribuições jurisdicionais previstas nos art. 69²⁴ do Regulamento da Corte, emitiu por meio de resolução, o relatório de cumprimento da sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Nesse relatório a Corte analisou o cumprimento dos dispositivos da sentença do caso, declarando se o Estado brasileiro cumpriu total, parcial ou deixou de cumprir suas obrigações.

Diante disso, a Corte constatou, conforme disposto na página 40 do relatório, que o Brasil deu cumprimento total apenas há duas obrigações:

a) realizar as publicações ordenadas conforme o estabelecido no parágrafo 273 da Sentença (ponto dispositivo décimo segundo), e b) permitir que, por um prazo de seis meses contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei n.º. 9.140/95 (ponto dispositivo décimo nono).

Ademais, a Corte constatou que o Estado brasileiro acolheu e cumpriu a recomendação referente à Comissão Nacional da Verdade. Todavia, o Brasil deu cumprimento parcial as obrigações previstas nos dispositivos 16, 17 e 18 da sentença. Quais sejam:

16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações a direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença. 17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão. 18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no

²⁴ Art. 69: “Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal. 1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes”.

parágrafo 117 da presente Sentença apórtém prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma.

A Corte também declarou que apesar do determinado no dispositivo nono da sentença que o Estado deverá realizar a interpretação e aplicação da Lei da anistia conforme os critérios estabelecidos, as disposições daquela lei continuam caracterizando obstáculo para a investigação dos fatos ocorridos no âmbito da Guerrilha do Araguaia, impedindo a persecução criminal e eventual sanção dos responsáveis.

Da mesma forma, a Corte declarou estarem integralmente pendente de cumprimento os dispositivos 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 19 da sentença, compreendendo:

10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença. 11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 e 269 da presente Sentença. 12. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença. 13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença. 14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença. 15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. 16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações a direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença. 17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão. 18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 117 da presente Sentença apórtém prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma. 19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença.

Na análise dos motivos que levaram ao descumprimento desses dispositivos, a Corte observou e concluiu acerca das investigações e determinação das correspondentes responsabilidades penais, nos parágrafos 19, 20, 22 e 23 da resolução, que:

19. [...] no marco das referidas ações penais iniciadas por fatos do presente caso foram proferidas decisões judiciais que interpretam e aplicam a Lei da anistia do Brasil de uma forma que continua comprometendo a responsabilidade internacional do Estado e perpetua a impunidade de graves violações de direitos humanos em claro desconhecimento do decidido por esta Corte e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas referidas decisões judiciais não foi realizado o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana. A Corte insiste na obrigação dos juízes e tribunais internos de realizar um controle de convencionalidade, especialmente quando existe coisa julgada internacional, já que juízes e tribunais têm um importante papel no cumprimento ou implementação da Sentença da Corte Interamericana. O órgão judicial tem a função de fazer prevalecer a Convenção Americana e as decisões desta Corte sobre a normatividade interna, interpretações e práticas que obstruam o cumprimento do disposto em um determinado caso. Nesta tarefa, devem ter em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. [...] 20. Adicionalmente, a Corte constata que a falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado (par. 12.a *supra*), bem como a utilização da figura da prescrição são obstáculos para o avanço no cumprimento desta obrigação (pars. 12.a, 12.c, 12.e e 13.b *supra*). [...] 22. [...] a Corte reconhece e avalia positivamente os esforços do Ministério Público Federal para avançar no cumprimento da obrigação de investigar de outras graves violações ocorridas durante a ditadura militar. Contudo, estes esforços são infrutíferos em razão da posição de determinadas autoridades judiciais com respeito à interpretação da Lei da anistia, a prescrição e a falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado. De acordo com o Direito Internacional, que foi soberanamente aceito pelo Estado, é inaceitável que uma vez que a Corte Interamericana tenha proferido uma Sentença o direito interno ou suas autoridades pretendam deixá-la sem efeitos. Portanto, o Brasil não pode opor decisões adotadas no âmbito interno como justificativa de seu descumprimento da sentença proferida por este tribunal internacional de direitos humanos, nem sequer quando tais decisões provenham do tribunal de mais alta hierarquia no ordenamento jurídico nacional. Independentemente das interpretações que se realize no âmbito interno, a Sentença proferida pela Corte Interamericana neste caso tem caráter de coisa julgada internacional e é vinculante em sua totalidade. Portanto, resulta contrário às obrigações convencionais do Brasil que se interprete e aplique no âmbito interno a Lei da anistia desconhecendo o caráter vinculante da decisão já proferida por este Tribunal. 23. [...] a Corte conclui que a medida de reparação relativa à obrigação de investigar os fatos do presente caso encontra-se pendente de cumprimento. [...].

Dessa forma, sem adentrar às demais especificações elencadas pela Corte Interamericana a respeito dos demais pontos resolutivos da sentença, resta claro que o Brasil está descumprindo a maior parte do estabelecido na sentença do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, acarretando um ilícito internacional e banalizando a importância histórica atribuída à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com isso, vê-se a dignidade da pessoa humana, em especial das vítimas do caso, aviltada pelo arbítrio e negativa do Estado e seus agentes em dar fiel cumprimento ao caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como foco o controle de convencionalidade das leis pela perspectiva jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos cujo debate tem se destacado nos debates acadêmicos e jurisdicionais, ensejando também a percepção de todo o processo histórico de surgimento e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a conseqüente, ou em conseqüência da necessária relativização do princípio da soberania dos Estados.

O risco permanente de extinção global no contexto dos Estados envolvidos na Segunda Guerra Mundial fez com que o direito internacional evoluísse ou se ramificasse para além da perspectiva bilateral de acordos firmados entre ente soberanos, para uma noção multilateral de compromisso com o mínimo ético e político de proteção dos direitos humanos enquanto necessários à sobrevivência da espécie humana, na relação entre democracia, paz e direitos humanos.

É nessa perspectiva que buscou-se compreender a doutrina do controle de convencionalidade tanto na perspectiva internacional exercida pelos órgãos jurisdicionais cuja finalidade precípua é interpretar e resguardar os tratados internacionais de direitos humanos, quanto na perspectiva nacional, pela atuação jurisdicional dos Tribunais nacionais com a finalidade de proteger também os direitos humanos, contudo, com um enfoque conhecidamente para os direitos fundamentais que, como visto, nada mais são do que um viés interno dos direitos humanos.

Assim, o debater acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro consolidou o entendimento da característica especial que tais normas possuem em relação a sua internalização no Estado brasileiro. Com isto, surgem diversos conflitos relacionados a aceitação e aplicação dos tratados a depender do entendimento majoritário adotado e atuação difusa do Poder Judiciário.

O destaque à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos em suas atribuições institucionais demonstrou o necessário aperfeiçoamento e sobretudo o grau de dificuldade a que um caso concreto é submetido desde o momento de aceitação da petição perante àqueles órgãos, passando pelo procedimento de julgamento, até à possível responsabilização do Estado-membro, assim, não é concebível que um Estado descumpra as determinações de tais órgãos, sob pena de violar, novamente, os direitos humanos protegidos e necessários à toda pessoa humana.

Tudo isso pôde ser percebido claramente pela apreciação das decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada qual em sua atuação, exercendo o controle de constitucionalidade e convencionalidade. E no caso da Lei da Anistia brasileira, o patente conflito entre os entendimentos, ensejando um antagonismo jurídico prejudicial ao sistema normativo nacional, assim como ao Estado brasileiro enquanto sujeito de direito internacional que está sendo sancionado e prejudicado pelo descumprimento interno da determinação da Corte Interamericana.

Ao final da pesquisa salienta-se que não se chegou a conclusões inéditas acerca dos assuntos estudados, ao contrário, os resultados elencados são apenas reflexos de estudos avançados feitos por pesquisadores e demais profissionais das áreas do direito e afins.

Com isso, conclui-se que os objetivos gerais e específicos da pesquisa foram satisfatoriamente alcançados de modo a compreender um panorama geral do controle de convencionalidade em relação aos casos tratados, bem como os efeitos e ligações necessárias para a compreensão de tal processo, cujas manifestações são altamente políticas e ensejam, por vezes, conflitos entre Poderes, Organizações e Estados soberanos.

Ademais, acredita-se firmemente que o efetivo exercício do controle de convencionalidade em todos seus aspectos é uma forma de garantia da proteção da pessoa humana de modo a auxiliar na proteção da dignidade da pessoa humana e fortalecimento de um mundo no qual o ser humano, visto enquanto pluralidade, é devidamente respeitado, evitando-se o seu aviltamento e sobretudo a repetição de atrocidades que acometeram a humanidade e foram cometidas por esta mesma humanidade no decorrer da história.

Por fim, nosso posicionamento é no sentido de uma necessária adequação do direito interno ao direito internacional público, em especial no tocante ao direito internacional dos direitos humanos desenvolvido no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos cuja jurisdição abarca a competência sobre a interpretação última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados sobre direitos humanos no contexto dos Estados americanos.

Desse modo, não optamos pela prevalência hierárquica da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou do Supremo Tribunal Federal, ambas as cortes possuem atribuições próprias de suma importância para o Estado Democrático de Direito, no entanto, quando houver conflitos deve-se buscar o posicionamento mais favorável à pessoa humana, a norma que atribua maior dignidade o ser humano enquanto ser plural, garantindo assim a efetividade dos princípios éticos estabelecidos nos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos, evitando, assim

que a soberania absoluta seja novamente argüida como pressuposto descumpridor ou violador de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Henrique W. Passado, presente e contexto à luz da historiografia do Direito Internacional. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 7, N. 4, p. 169-199, 2016.

ALVES, J. A. Lindgren. **A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-Modernidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25499-25501-1-PB.pdf>> Acesso em: 21 mar. 2017.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: _____. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 30-49.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Org.) **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ARAUJO, Marcelo de. Contratualismo Moral e Direitos Humanos no Âmbito das Relações Internacionais. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 1, N. 1, p. 3-15, 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. **Entre o passado e o futuro**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

_____. **Origens do totalitarismo**; tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. Fundamentos Teóricos de uma Doutrina dos Direitos Humanos Universais. **Rev. do Direito**, Rio Grande do Sul, V. 1, N. 31, jan/jun, p. 77-99, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. (Org.) **Estudos Avançados de Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. 29 de julho de 1988. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barrios Altos vs. Peru.** 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.** 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso La Cantuta vs. Peru.** 29 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/bbc1e35bbcf9642732059e06abd21568.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 39 ago. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguai.** 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Contreras e outros vs. El Salvador.** 31 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/e773cc37e3e2b4ad0c14be8d456232b8.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhas vs. El Salvador.** 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/ec3b81591b16fffe3875abe2ea5c74f0.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala.** 19 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/956a3ac32f95193db8aaef7e5778f8b.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela.** 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador.** 14 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/30d02186dc69d5aa62de35623fab5933.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru**. 15 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/7f72b911d4eb5baca5c94257f88a9e3f.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Supervisão de cumprimento de sentença: caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia**. 14 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/cde065e0ba30cdf822c57894c3b21515.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: _____. **Vade Constitucional e Humanos**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 11-198.

_____. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1979. Resolução n.447. In: _____. **Vade Constitucional e Humanos**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1063-1066.

_____. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução n.448. In: _____. **Vade Constitucional e Humanos**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1067-1070.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Decreto n.678, de 6 de novembro de 1992. In: _____. **Vade Constitucional e Humanos**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1101-1112.

BRASIL. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960.html>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240**. São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 860.979**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19.ed. São Paulo, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2009**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 14 set. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDUCCI, Michele; MAZZUOLI, Valério. **Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2009**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2009.

DORNELLES, João Ricardo W. Dornelles. A internacionalização dos Direitos Humanos. **Rev. da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, N. 4 e ano -V, N. 5, p. 177- 195, 2003-2004.

ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 2, N. 8, p. 1250-1285, 2017.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 2 ed. Rev. ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: ed. Juspodivm, 2016

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. SOUZA, Érico Gomes de. PEREIRA, Nathália Mariel F. de S. SILVA, Stanley Valeriano da. **Legislação internacional comentada**. 1. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRUBBA, Leilane Serratine. A verdade na pesquisa acadêmica em direito. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 7, N. 15, p. 150-174, 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**: os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2008. p. 296-329.

MARINONI, Luiza Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Flávia Bahia. **Vade Constitucional e Humanos**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito dos tratados**. 2 ed. Rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4 ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MEYER, Emilio P. Neder. Acordo Político ou Auto-Anistia? Discussões a respeito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Anistias ocorridas no Brasil. In: _____. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 240-267.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Luiza Diamantino. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Rev. Chapecó**, Santa Catarina, V. 15, N. 1, p. 75-102, jan/jun, 2014.

NIEMEYER, Pedro O. de. A validade da Lei da anistia e as decisões do STF e da CIDH. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 7, N. 13, p. 264-288, 2016.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios da Reforma. In: _____. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 306-329.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.) **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 8 ed. Rev. ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: _____. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

RAMOS, Elival da Silva. Os Tratados Sobre Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro Pós-Emenda Constitucional 45/04. In: _____. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 146-188.

REIS, Rossana Rocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 8, N. 2, p. 1577-1602, 2017.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. (Org.) **Justiça e Memória: para um crítica ética da violência**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 6, N. 12, p. 228-250, 2015.

VIVAS, Marcelo Dayrell. Ações Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal: análise da efetividade dos instrumentos processuais de proteção aos Direitos Humanos previstos na Constituição Federal de 1988. In: _____. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 727-775.