

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: Uma análise a partir do confronto jurisdicional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal em relação à Lei da Anistia brasileira.¹

Pedro Ribeiro Agustoni Feilke²

RESUMO: O presente artigo científico objetiva o estudo da tese do controle de convencionalidade, tomando como base o aparente confronto jurisdicional existente entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund versus Brasil. Para tanto, desconstrói ambas as decisões, abordando a história da ditadura civil-militar brasileira bem como analisando de que modo o Direito Internacional Público está inserido no ordenamento jurídico interno brasileiro. Antes do estudo do tema central do trabalho, dá acentuado realce para a temática dos direitos humanos, explanando a hierarquia que os tratados internacionais assumem no plano jurídico interno nacional. Ao final, faz o aprofundamento do termo controle de convencionalidade, para concluir que o referido tipo de controle não é realizado de forma satisfatória no Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Controle de convencionalidade. Tratados internacionais de direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX foi marcada por uma divisão global denominada pelos historiadores como “bipolar” na qual os Estados Unidos da América e a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) lutavam pela hegemonia político-econômica do mundo. Neste contexto de um mundo segmentado em um maniqueísmo extremo, ambos os países assumiram um comportamento agressivo e muitas vezes intrusivo, buscando conquistar

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo Professor Orientador Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, Professora Dra. Rosa Maria Zaia Borges Abrão e Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, em 20 de junho de 2012.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Email: pedro.feilke@acad.pucrs.br.

o maior número de peças estratégicas neste jogo imperialista³. Na América Latina, especialmente, viu-se a emergência de um sem número de regimes autoritários, verdadeiras ditaduras, que, pouco a pouco, foram se alastrando ao redor do continente americano. Com o Brasil não foi diferente. Em 31 de março de 1964 tropas militares brasileiras invadiram a sede do governo eleito democraticamente e realizaram um golpe de estado o qual originou uma ditadura⁴ que durou 21 anos (1964-1985).

Findo o período ditatorial, em 1988 é promulgada a nova Constituição da República Federativa Brasileira, a denominada “constituição cidadã”⁵ trazendo promessas de um futuro mais democrático no qual a dignidade da pessoa humana se colocava como fundamento da República⁶. Nesta distinta perspectiva de um ordenamento jurídico renovado, voltado para o respeito ao ser humano, pairava no ar a dúvida se a Lei de Anistia teria sido recepcionada ou não pela nova Constituição. Após um interesse paulatinamente crescente sobre o tema, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – que mais tarde veio a ficar conhecida como ADPF 153 – questionando o § 1º do Art. 1º da Lei n. 6.683/79 (Lei da Anistia). O mencionado texto legal diz o seguinte, *in verbis*:

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

§ 1º - **Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.** (grifos apostos)⁷

Em abril de 2010, um ano e meio após a propositura da ação, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a arguição proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados

³ SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p.23.

⁴ A ditadura brasileira foi patrocinada e apoiada por amplos setores da sociedade civil, em especial o grande empresariado. Por esse motivo, o termo mais correto ao se tratar da ditadura nacional seria “ditadura civil-militar”. Contudo, por razões semânticas e de facilidade textual utilizaremos preferencialmente o termo “ditadura militar”, sabendo que seu caráter militar é apenas uma de suas faces.

⁵ José Afonso da Silva, sobre o termo narra: “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: RT, 2000. p.80.

⁶ Conforme artigo 1º, III da Constituição brasileira. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷ BRASIL. Lei n.6.683/79, de 28 de agosto de 1979. Concede Anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa*, Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

Brasileiros, na qual considerou como recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia), reafirmando que a correta interpretação do § 1º do artigo 1º da referida lei seria no sentido de que a anistia concedida se estenderia tanto aos opositores do regime quanto aos agentes estatais. Ocorre que, paralelamente a esta ação judicial que corria no Supremo Tribunal Federal brasileiro, tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma demanda em face do Estado brasileiro com objeto bastante semelhante. O referido pleito havia se originado de uma petição apresentada em 7 de agosto de 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em favor das pessoas desaparecidas no episódio da Guerrilha do Araguaia. Após o devido processamento legal perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em novembro de 2010, proferiu sentença na qual declarou que o Brasil violou diversas normas de Direito Internacional, em especial da Convenção Americana de Direitos Humanos, estipulando uma série de cominações ao Estado brasileiro⁸.

Desta forma, observamos um panorama muito interessante: de um lado há uma decisão da corte suprema brasileira afirmando que a Lei de Anistia, sob o paradigma constitucional, é plenamente válida e aplicável aos agentes estatais violadores de direitos humanos. De outro, temos a decisão da Corte IDH sustentando, sob o paradigma do controle de convencionalidade, que a Lei de Anistia não merece prevalecer, não podendo ela representar um óbice à persecução criminal dos perpetradores de graves crimes contra a humanidade. E o que vem a ser o controle de convencionalidade? Em breves palavras, o controle de convencionalidade pode ser considerado como a análise de determinada lei interna com as obrigações assumidas internacionalmente por um Estado em matéria de direitos humanos. Antes de fazermos um estudo profícuo a respeito do tema, é indispensável que façamos algumas considerações preliminares.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

A biografia do regime ditatorial que vigeu por mais de 20 anos no Brasil começa no dia 1º de abril de 1964, quando tropas das Forças Armadas depuseram o governo democrático, impondo a ditadura militar em seu lugar. Efetuaram o golpe por meio de uma ardilosa

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n.219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012.

investida iniciada em Minas Gerais contra o então presidente João Goulart, culminando na declaração de vacância da presidência e a consequente posse do presidente da Câmara, Ranieri Mazzilli. Tudo isto foi feito de forma inconstitucional de acordo com a Constituição vigente⁹, visto que à época da posse do deputado Ranieri Mazzilli na Presidência, João Goulart ainda se encontrava no Brasil¹⁰.

A explicação para a tomada da atitude de intervenção militar no governo democrático era bem resumida pela falaciosa Doutrina de Segurança Nacional, idealizada por um dos mentores intelectuais do golpe, general Golbery do Couto e Silva¹¹. A referida doutrina buscava justificar o golpe de estado e as limitações impostas aos direitos constitucionais da população de uma maneira que se pudesse, ainda que fragilmente, dar certa legitimidade ao regime. Tão logo tomaram o poder, os militares criaram em 09/04/1964 o Ato Institucional nº 1¹², o qual deu início a uma série de medidas repressivas, tais como cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos, demissões do serviço público, aposentadorias compulsórias, intervenções em sindicatos e milhares de prisões arbitrárias¹³. As torturas, detenções irregulares e outros métodos clandestinos foram sendo utilizados de modo cada vez mais frequente, embora nunca admitidos pelo governo da época, que os acobertava preocupando-se em manter a sua imagem perante a opinião pública nacional e internacional. O discurso oficial do governo ditatorial era o da negação dos fatos, ou, quando impossível, da justificação da medida tomada e manipulação da verdade, como notamos em inúmeros “suicídios”, falsas fugas e conflitos encenados que eram, afinal, execuções sumárias¹⁴.

Com o passar do tempo, as denúncias de tortura e práticas de violência arbitrária por parte de agentes públicos do governo militar foram se acumulando, gerando um desgaste na

⁹ A Constituição Federal de 1946, vigente em 1964, dispunha no seu art. 85 que “O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão ausentar-se do País sem permissão do Congresso Nacional, sob pena de perda do cargo.” BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 16 maio 2012.

¹⁰ GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p.112.

¹¹ BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007. p.20.

¹² No AI-1, consubstancia-se a ideia de que a “revolução” se autolegitima, como vemos de trecho extraído do referido documento: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.” BRASIL. Ato Institucional n.1, de 9 de abril de 1964.

<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

¹³ BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, loc. cit.

¹⁴ Como narra Gaspari: “Fazia-se uma encenação cartorial. O preso era assassinado, e seu cadáver colocado numa situação que simulasse um confronto. Ou simplesmente se inventava o confronto, dava-se baixa do preso, divulgava-se uma nota oficial, e a Censura fazia o resto” GASPARI. op. cit. p.388.

imagem do regime. A pressão sobre o governo chegava a um nível quase insuportável e, em meados dos anos 70, a queda do regime parecia iminente¹⁵. A partir do governo de Ernesto Geisel, iniciado em 1974, o regime militar anunciou um projeto de “distensão lenta, gradual e segura”.

Utilizada como mais uma forma de pressionar o governo militar, a população contrária ao regime iniciou uma campanha pela anistia dos exilados e condenados por crimes políticos pela ditadura militar; campanha esta que ganhou força a partir da metade da década de 70, liderada por movimentos que incorporavam diversos setores da sociedade brasileira¹⁶. A luta pela anistia no Brasil, diferentemente do ocorrido em outros países latino-americanos, foi desejada e reivindicada pela população¹⁷. Contudo, em que pese vários setores da sociedade brasileira tenham atuado em prol da causa da anistia, cada segmento via a questão sob um prisma diferente, razão pela qual é correto afirmar que a causa da anistia nunca foi consensual e, mesmo no seio da oposição, não era homogênea¹⁸. Houve, inclusive, forte oposição da sociedade civil ao projeto que viria a ser aprovado em 1979¹⁹.

Continuando com o poder coercitivo próprio dos regimes autoritários, o presidente João Baptista Figueiredo (sucessor de Geisel que assumiu em 1979) direcionou impositivamente a proposta do projeto de lei da anistia. O presidente, no texto da Mensagem n. 59/1979, enviada ao Congresso para que discutisse a criação de uma lei de anistia, afirma que a “Revolução histórica” ocorrida em 1964 cumpriu o seu papel, deixando um legado “extraordinário” para as gerações vindouras. A estratégia do governo conseguiu desviar o foco das atenções da discussão da Lei de Anistia para que fosse a anistia ou não dos “terroristas”, tentando inserir a anistia aos torturadores de modo sub-reptício. Em que pese as inúmeras contestações e tentativas de emenda ao projeto inicial que colocava obscuramente a possibilidade de anistia aos perpetradores de crimes conexos aos políticos, a redação da lei

¹⁵ BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007. p.27.

¹⁶ Ibidem. p.30.

¹⁷ MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 13. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm> Acesso em: 20 maio 2012.

¹⁸ GONÇALVES, Danyelle Nilin: Os Múltiplos Sentidos da Anistia. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.1, jan./jun.2009. p.276.

¹⁹ Como destaca Paulo Sergio Pinheiro: “[...] a lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento de anistia, a OAB e a heroica oposição parlamentar haviam lutado. Houve o Dia Nacional de Repúdio ao projeto de Anistia do governo e manifestações e atos públicos contrários à lei – que, ao final foi aprovada por 206 votos da Arena (partido da ditadura) contra 201 votos do MDB (oposição)”. PINHEIRO, Paulo Sergio. O STF de costas para a humanidade. *Folha de São Paulo*, 05 maio 2010, p. A3.

não se alterou nesse ponto²⁰. Durante sua tramitação não houve uma efetiva discussão na sociedade, esta não foi devidamente ouvida, nem tampouco o foram os beneficiários do beneplácito²¹.

Enfim, em 28 de agosto de 1979 é aprovada a Lei de Anistia com a polêmica extensão da anistia aos militares que praticaram “crimes conexos” aos políticos. A promulgação da referida lei foi um importante passo no processo de redemocratização do país que culminou com a eleição indireta de Tancredo Neves para presidência em 1985, a promulgação de uma nova Constituição com os novos fundamentos da República brasileira e, finalmente, nas eleições diretas para presidente em 1989 pela primeira vez em 30 anos²². Fato é que a Lei de Anistia brasileira não pode ser considerada como a plena vitória daqueles movimentos que lutaram por ela. Foi um sucesso limitado pela própria ditadura²³.

O governo utilizou de seu poder conferido pelo AI-5 para direcionar e controlar o processo que desembocou na lei da anistia²⁴. Ao fim, aprovou-se uma lei que não atendia às reivindicações do movimento pela anistia política e sequer considerou as reclamações dos perseguidos políticos²⁵. Em síntese, muito embora a referida lei tenha desempenhado seu papel no processo de redemocratização do país, “ela também contribuiu para lançar um espesso véu de esquecimento sobre os crimes contra a humanidade cometidos pelos ditadores e seus sequazes”²⁶, dificultando, hoje, o processo de responsabilização desses²⁷.

²⁰ FICO, Carlos. A Negociação Parlamentar da Anistia de 1979 e o Chamado “Perdão Aos Torturadores”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. p.323.

²¹ MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 13. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm> Acesso em: 20 maio 2012.

²² BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007. p.28.

²³ SOUSA, Jessie Jane Vieira. Anistia no Brasil: um processo político em disputa In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.203.

²⁴ Silva Filho afirma que na promulgação da Lei de Anistia em 1979 o Brasil ainda era refém da ditadura, visto que os atos arbitrários e crimes violentos continuavam a ocorrer. Cita como exemplo o fechamento do Congresso, em abril de 1977, para que o presidente Geisel baixasse uma série de reformas com o fito de tornar o partido governista (Arena) imbatível, que ficaram conhecidas como componentes do “pacote de abril”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.303.

²⁵ MEZAROBBA, op. cit.

²⁶ SILVA FILHO, loc. cit.

²⁷ Neste mesmo sentido, Mezarobba assevera: “[...] embora de grande significado no processo de democratização do país, a lei 6.683 se deu basicamente nos termos que o governo queria, mostrou-se mais eficaz aos integrantes do aparato de repressão do que aos perseguidos políticos e não foi capaz de encerrar a escalada de atrocidades iniciada com o golpe de 1964.”. MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

3 DA DECISÃO DA ADPF 153 PELO STF

Dentro de um contexto de discussão política a respeito da ditadura militar brasileira bem como da extensão da Lei de Anistia de 1979, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a ADPF 153 em 21 de outubro de 2008, que visava à interpretação conforme a Constituição da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia), em especial, o já citado § 1º do Art. 1º. Em abril de 2010, o STF finalizou a apreciação da ação, julgando o pleito improcedente.

A realidade fática experimentada no período imediatamente anterior à promulgação da Lei de Anistia e o processo de elaboração da aludida lei é visto de uma maneira peculiar pelo STF. Das falas dos ministros votantes retiradas do acórdão da ADPF 153, extraímos a ideia de que a anistia brasileira representa um importante passo para a redemocratização do país. Ainda, averiguamos que na visão da atual composição do Supremo, ela seria um acordo livremente pactuado por oprimidos e opressores que optaram por deixar para trás uma nefasta parte da história nacional em prol de um novo recomeço, sem vencedores ou vencidos.

Como exemplo, paradigmático, o Min. Eros Grau, relator do processo, refere-se à batalha pela anistia como uma verdadeira luta empreendida e vencida pelo povo brasileiro. Afirma que “[t]oda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79.”²⁸ Para o ministro, desconsiderar toda esta “batalha” seria “tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, lutaram pela anistia”²⁹. Mais adiante em seu voto, o Min. Eros Grau é categórico ao afirmar que, em que pese houvesse uma desigualdade entre as partes do suposto “acordo”, tal conciliação se fez necessária à época, não podendo ser reavaliada sob um prisma histórico-social posterior³⁰. Podemos destacar, também, a fala do Min. Gilmar Mendes, que não só louvou o processo de elaboração da Lei de Anistia brasileira como criticou os demais países latino-americanos que optaram por realizar a “justiça da justiça de transição”³¹. Certamente, dentre os ministros do Supremo, Gilmar Mendes foi o que apresentou mais energicamente o seu entendimento pessoal (e

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.153, Brasília, DF, 29 de abril 2010. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 de agosto 2010. Voto do Min. Eros Grau. p.20.

²⁹ *Ibidem*. p.22.

³⁰ *Ibidem*. p.38.

³¹ Fazemos alusão aqui, com o perdão da aparente redundância, ao pilar da justiça (que consiste na persecução penal de graves violadores de direitos humanos) que compõe um dos fundamentos da Justiça de Transição.

político) a respeito da discussão, asseverando que a melhor solução após uma ditadura militar é o esquecimento, e não a efetiva justiça de transição³².

Com esta visão assumida pela ampla maioria dos ministros, o STF não só negou o direito à justiça no caso brasileiro, como, também, “reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional”³³. Desconsiderou toda a inconstante e polêmica trajetória da luta pela anistia no Brasil.

Por outro lado, o Direito Internacional Público passou longe dos votos dos ministros, que, imbuídos de um legalismo positivista antiquado, preferiram não resignificar a Lei de Anistia de acordo com a nova ordem jurídica internacional. Isto é, consideraram os ministros tão somente a determinação expressa da lei, não a colocando dentro do contexto normativo complexo que hoje é verificado diante da força interpretativa que os princípios assumem. No caso em tela, não se mostrou conveniente ao STF fazer uma análise internacional estrutural, sendo mais “apropriada” uma interpretação penal legalista-positivista. É o que Deisy Ventura chama de “positivismo *à la carte*”, uma vez que o STF escolhe por utilizar as convenções internacionais apenas quando lhe forem úteis a determinado escopo³⁴.

Na realidade, o que se nota no presente caso é que o Supremo Tribunal Federal pareceu não querer exercer um papel ativo na reinterpretção da Lei de Anistia, isto é, preferiu não analisar o caso dentro do ordenamento jurídico internacional no qual o Brasil se insere, afirmando caber ao Poder Legislativo rever a lei, pois dele é oriunda. A preocupação extrema em conferir legitimidade à Lei de Anistia por conta de um suposto acordo histórico não considerou em momento algum que existem normas internacionais que asseveram que, ainda que tal acordo bilateral fosse livremente pactuado e legítimo, não seria válido, pois se trata de um direito internacional indisponível, por assim dizer.

Nenhum dos Ministros do STF, inclusive os autores dos votos dissidentes, se ateu à necessidade de realização de um controle de convencionalidade, tendo utilizado argumentos outros que não de direito internacional para levar à procedência da ADPF. Toda a composição

³² Assim disse: “[...] podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.153, Brasília, DF, 29 de abril 2010. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 de agosto 2010. Voto do Min. Gilmar Mendes. p.241.

³³ PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL. Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.82.

³⁴ VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. p.209.

da mais alta corte brasileira, portanto, desconsiderou as obrigações internacionais impostas ao Estado brasileiro.

4 DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

Conforme já noticiado nos pontos anteriores, tivemos, em novembro de 2010, uma importante decisão no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil, na qual se tratou sobre as obrigações que o Estado brasileiro deixou de cumprir no tocante à ofensiva do exército durante o período da ditadura militar que exterminou a Guerrilha do Araguaia (1971-1974). A mencionada decisão representou um marco no campo do direito internacional por realizar de forma inédita a condenação do Estado brasileiro pelos crimes praticados por agentes estatais no período ditatorial, que vigeu no país entre 1964 e 1985.

O debate provocado pela dúvida se o Brasil estava ou não compelido a acatar integralmente as determinações da Corte Interamericana trouxe novamente à tona um acalorado discurso político que se impregnou lado a lado nos argumentos de ambas as partes. Por conta de estar-se diante de um tema tão delicado e polêmico, pouco conseguiu se produzir sem que se sofresse a pecha de defensor do regime ditatorial (àqueles que defendem a hegemonia do Supremo) ou ser apontado como esquerdista revanchista (para os demais que argumentavam pela prevalência da decisão da Corte IDH). Propõe-se, anteriormente à desconstrução da decisão da Corte IDH, a introdução de algumas considerações a respeito do Direito Internacional que serão indispensáveis para a percepção abrangente do tema.

4.1 Da relação entre direito interno e internacional

Só é possível entender o conceito de controle de convencionalidade se assimilarmos que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem um privilégio hierárquico que lhes é peculiar. Para tanto, impõe-se o estudo das teorias a respeito da relação existente entre o direito internacional e o direito nacional, vale dizer, qual norma prevalece em havendo conflito.

Em um primeiro momento, estudiosos elaboraram a teoria **dualista**, no intento de dirimir a dúvida supra exposta, segundo a qual o direito interno e o internacional são dois

sistemas independentes e autônomos, e, portanto, ao direito interno caberia regular a conduta do Estado com os indivíduos ao passo que a competência do direito internacional seria a de disciplinar as relações entre os Estados. Em que pese as duas esferas de aplicação do direito não colidirem, ambas seriam plenamente válidas dentro de suas atribuições³⁵. A referida corrente se baseia na soberania nacional como ponto fundamental de sua concretização, é dizer, sendo o Estado soberano, somente será aplicável a norma internacional à qual esse mesmo Estado tenha aderido, nos limites em que o fez³⁶. Fazendo contraponto a essa formulação surge a corrente **monista** – considerada em seu sentido lato, dado as inúmeras nuances aí presentes – que, em linhas gerais, opõe-se à concepção dualista na medida em que tem como ponto de partida a unidade das normas jurídicas. Há, nesta corrente, duas subdivisões importantíssimas para o presente estudo: o monismo internacionalista (no qual o primado é da ordem jurídica internacional) e o monismo nacionalista (segundo o qual o direito interno tem prevalência)³⁷.

De qualquer sorte, deve se ter em mente que o contexto no qual o direito internacional atua vem mudando sensivelmente nos últimos anos. O caminho para o qual se parece seguir não mais permite que os países se enclausurem em um casulo jurídico interno sob o pálio de uma soberania já mitigada. A realidade sócio-jurídica internacional transforma-se a cada minuto. Não mais vigora à plena força o princípio do *domestic affair* (ou da não ingerência), que cerceava a atuação do direito internacional perante os Estados soberanos; evoluindo para a ideia do *international concern*, segundo a qual a proteção a direitos básicos do ser humano torna-se uma questão de direito internacional³⁸. Esta nova realidade transmite a ideia de que o bem comum internacional se coloca acima do bem comum nacional, e o Estado nacional deixou de ser uma sociedade autossuficiente e fechada, necessitando de integração com os demais países da sociedade internacional. A própria ideia de soberania, que no século XVI era conceituada por Bodin como um “poder absoluto e perpétuo de uma República” transformou-se, nas palavras de Néstor Pedro Sagüés, em “*una potestad relativa, cada vez más recortada*”³⁹. Assim, a mitigação da soberania ocorre no mesmo ritmo em que a

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2008. p.72.

³⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1999. p.147.

³⁷ MAZZUOLI, loc. cit.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL. Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 56.

³⁹ SAGÜÉS, op. cit. p.143.

sociedade internacional se fortalece. Entretanto, não se pode olvidar que a prevalência do direito internacional sobre o direito interno não passa, ainda, de uma proposição teórica, defendida por diversos doutrinadores⁴⁰ (e adotada no presente trabalho), mas que não é absoluta e admite entendimentos contrários.

4.2 Do diálogo das fontes e princípio *pro homine*

Ainda sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional, a doutrina mais moderna propõe uma solução moderada, de acordo com a qual não existiria independência absoluta nem tampouco prevalência entre a jurisdição nacional e a internacional, mas sim uma relação de interdependência. O entendimento tende para um caminho dialógico, no qual haja uma constante conversação entre as duas jurisdições⁴¹. O precursor de tal ideia é o alemão Erik Jayme, que em seu Curso geral de Haia em 1995 chamou de “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*) a tentativa de conciliar duas fontes de direito dissonantes a fim de que formassem algo novo com base em tal “conversa”. Segundo a teoria de Jayme, à solução de antinomias que surgem no cotidiano jurídico não são mais suficientes os métodos hermenêuticos tradicionais da revogação por derrogação tácita ou ab-rogação de norma incompatível⁴². As diversas fontes de direito, tais como os direitos constitucionais, fundamentais, humanos, leis, códigos, tratados etc. “não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam umas às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando o que as fontes dizem”⁴³.

A aplicação do diálogo das fontes pressupõe uma democratização do sistema internacional, que, conforme Kant propunha em “À paz perpétua” é o caminho para uma sociedade internacional sem conflitos. Para tanto, refere Bobbio, devemos ter em mente que o referido processo democratizante insuflado pelo diálogo das fontes em busca da paz só será

⁴⁰ Cf. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.29.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. passim.

⁴² MIRAGEM, Bruno. *Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p.73.

⁴³ JAYME, Erik *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p.19.

efetivamente obtido mediante o reconhecimento dos direitos do homem⁴⁴. Partiríamos para uma adaptação daquilo que Kant chamou de “direito cosmopolita” (*ius cosmopolitum*), isto é, algo que sobrepujaria tanto o direito interno quanto o direito internacional por meio de uma força coercitiva própria. Entretanto, pelo menos em um primeiro momento, ao contrário do *Weltbürgertum* (ordenamento cosmopolita) kantiano⁴⁵, a proposta é a de uma ordem cosmopolita dinâmica e multifocal, que não existe materialmente, advém apenas do diálogo entre as mais diversas fontes de direito, tanto internas quanto internacionais.

Neste contexto, desenha-se no campo internacional que não são somente os Estados agentes e sujeitos do Direito Internacional e nem somente desses os bens jurídicos tutelados nesse ramo do Direito. Impõe-se considerar o ser humano como partícipe desta conjuntura, sendo desdobramento natural a aplicação do chamado princípio “*pro homine*” (também chamado de “princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano”), “que manda aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano sujeito de direitos.”⁴⁶, garantindo a máxima eficácia das normas de direitos humanos. Importante salientar que nem sempre a aplicação do referido princípio irá importar em prevalência da regra internacional sobre a regra nacional, pois o que importa aqui é o conteúdo material da norma, vale dizer, qual dos enunciados protege de maneira mais efetiva o direito do homem.

Observa-se, então, que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano está intrinsecamente acoplado à ideia do diálogo das fontes. Diante de uma situação de antinomia entre normas relativas a direitos humanos, portanto, as fontes normativas deverão dialogar a fim de fazer valer o conteúdo que protegerá de maneira mais efetiva os direitos do homem⁴⁷.

4.3 Da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso “Gomes Lund e Outros”

Conforme anteriormente explanado, foi levada à consideração da Corte IDH, em março de 2009, uma demanda em face do Estado brasileiro por conta de diversas violações

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.1.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.59.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.59.

cometidas por agentes estatais no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia. Em apertada síntese, a decisão declarou que existem disposições na Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e punição de graves delitos contra a humanidade (a Corte, infelizmente, não utilizou o termo “crimes de lesa-humanidade”, que possui uma força muito maior que o usado pela Corte), o que não se coaduna com os direitos postos na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Desta forma, considerou a Corte que o país é culpado por não adequar seu direito interno à legislação internacional, não fazendo assim, o correto controle de convencionalidade que se mostra imperativo hodiernamente.

Quanto à temática da autoanistia, a Corte IDH vislumbrou a questão de uma maneira distinta que a corte brasileira, nos conformes de sua própria jurisprudência, devidamente consolidada. Fazendo um contrabalanço com a decisão do STF, a Corte Interamericana fez menção ao caráter imperativo da investigação e punição de graves crimes contra a humanidade, fazendo parte do *jus cogens* internacional tal determinação. Não bastasse isso, ainda seria obrigação do Estado investigar e punir os referidos crimes por conta do previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁸. Especificamente no tocante às leis de anistia, historicamente, a posição da Corte IDH é no sentido da “incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados”⁴⁹. Observou, ainda, que a incompatibilidade de leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos não se limita às chamadas “autoanistias”, incluindo também quaisquer anistias de graves violações aos direitos humanos. A preocupação está no conteúdo material da lei, e não no seu caráter formal. Então, o simples fato de ser concedida anistia a crimes graves contra a humanidade viola a Convenção Americana, não interessando o contexto histórico que antecedeu a promulgação da citada lei⁵⁰. Como vemos, a decisão da Corte considerou que o Brasil deixou de exercer o controle de convencionalidade no caso concreto, sendo que a decisão do STF validou a Lei de Anistia sem considerar as diversas obrigações assumidas pelo Estado brasileiro em âmbito internacional⁵¹.

⁴⁸ “Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n.219. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012. par. 140.

⁴⁹ Ibidem. par. 140.

⁵⁰ Ibidem. par. 175.

⁵¹ Ibidem. par. 177.

5. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Pouco se tem falado sobre o tema controle de convencionalidade no direito pátrio. Em que pese existam diversas obras de Direito Internacional Público que tratem sobre a conformação entre direito interno e internacional, raros são os doutrinadores que dedicaram páginas exclusivas para tratar desse assunto que parece colocado em segundo plano, inclusive na jurisprudência dos tribunais nacionais. Exceção a esta regra é o estudo feito por Valerio Mazzuoli, primeiro doutrinador a tratar especificamente do tema controle de convencionalidade em uma obra própria para isso, e que é uma importante fonte de consulta. Para o autor, existem no ordenamento jurídico brasileiro quatro tipos de controle a serem exercidos pelo magistrado no caso concreto: 1) o natural controle de legalidade, quando se compara determinado ato a uma lei; 2) o controle de constitucionalidade, pelo qual se utiliza como parâmetro a Constituição Federal; 3) o controle de supralegalidade, aquele que coloca uma lei ou ato diante de um tratado internacional que não trata sobre direitos humanos, possuindo, portanto, status supralegal; 4) por último, o controle de convencionalidade, que seria a utilização de tratados internacionais sobre direitos humanos como parâmetro de controle⁵².

Quanto aos dois primeiros tipos de controle, não são novidades no direito internacional, nem tampouco no direito nacional. O controle de supralegalidade adotado na teoria de Mazzuoli seria aplicado tão somente no que tange aos tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, que se encontrariam hierarquicamente acima das leis e abaixo das normas constitucionais. Por último e mais importante para o presente trabalho, temos o controle de convencionalidade, que na visão de Mazzuoli seria aquele que diz respeito unicamente à compatibilização das leis nacionais com os tratados de direitos humanos em vigor no país⁵³.

Na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa ao caso Gomes Lund, foram feitas algumas menções ao controle de convencionalidade, ou a ausência desse na decisão da ADPF 153 pelo STF. Para a Corte Interamericana o Supremo falhou em realizar o controle de convencionalidade que todos os tribunais e juízes dos países adeptos da Convenção Americana de Direitos Humanos devem obrigatoriamente fazer.

⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. passim.

⁵³ MAZZUOLI, loc. cit.

Aos olhos da Corte, o que se buscava no processo instaurado contra o Estado brasileiro era justamente que ela realizasse o controle de convencionalidade, que, em suas próprias palavras é “a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana”⁵⁴. O entendimento esposado pela Corte Interamericana é o de que o Poder Judiciário dos países adotantes da Convenção é obrigado internacionalmente a realizar um “controle de convencionalidade *ex officio*”, devendo levar em conta para tanto não somente o tratado, mas a interpretação que a ele é dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “intérprete última da Convenção Americana”⁵⁵.

Muito embora a questão terminológica ainda esteja em aberto, adotaremos, para fins teóricos, o posicionamento do professor Mazzuoli, segundo o qual o controle de convencionalidade diz respeito tão somente aos tratados internacionais sobre direitos humanos, enquanto que os demais tratados serão paradigma do controle de supralegalidade⁵⁶. É de se destacar que parte da doutrina critica a utilização do termo “controle de supralegalidade”, pelo fato de que poderia reforçar uma posição retrógrada do STF. Neste contexto, temos que a decisão do STF desconsiderou tais aspectos, passando ao largo do imperativo controle de convencionalidade. Analisaremos os “desacertos”, com o perdão da audácia, da decisão da corte suprema brasileira, contudo, primeiramente alguns conceitos importantes devem ser estabelecidos.

5.1 Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Constituição da República Federativa brasileira, promulgada em 1988 após o período ditatorial, garante a adoção de direitos e garantias oriundos de tratados internacionais de que a República brasileira for parte⁵⁷. Entretanto, a CRFB/88, não consignou expressamente em nenhum de seus dispositivos a hierarquia existente entre leis nacionais e tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, deixando tal incumbência à doutrina e

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n.219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012. par. 49.

⁵⁵ *Ibidem*. par. 176.

⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. *passim*.

⁵⁷ Art. 5º, §2º da CRFB: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

jurisprudência⁵⁸. A doutrina a propósito da matéria é extremamente controversa. Ficamos, entretanto, com o pensamento de Mazzuoli no sentido de que os tratados internacionais comuns ratificados pelo Brasil se situam num nível hierárquico intermediário, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional⁵⁹.

Na jurisprudência do STF, diferentemente do que ocorre com os tratados que versam sobre direitos humanos, a maioria dos ministros do Supremo mantém o clássico posicionamento conservador no sentido de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm status de lei ordinária⁶⁰. Desta forma, o poder para fazer tratados pelo Estado brasileiro (*treaty-making power*) ainda hoje é subordinado à Constituição da República, sendo esta um limite material aos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

De outra banda, quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos, o sistema jurídico brasileiro adotou - expressamente pelo art. 5º, parágrafo 3º da CRFB, introduzido pela EC 45/04 - o posicionamento segundo o qual os direitos humanos possuem uma hierarquia superior aos demais (“privilégio hierárquico” segundo Carlos Weis⁶¹), conforme se depreende da leitura sistemática do conjunto ordenamental brasileiro. Nesta senda, colocam-se como parcial exceção à regra de incorporação de tratados internacionais os relativos a direitos humanos, divergindo quantos aos demais no tangente à integração, eficácia e aplicabilidade.

Entretanto, o criticado⁶² parágrafo 3º do art. 5º da CRFB não logrou êxito em pôr termo às discussões a respeito da hierarquia das normas internacionais de direitos humanos. Segundo parte da doutrina humanista, a redação trazida pela EC 45/2004 não levou em consideração a doutrina e jurisprudência internacional relativa ao tema, tendo aumentado ainda mais a controvérsia a respeito do status das normas ratificadas pelo Estado brasileiro na temática dos direitos humanos⁶³. Assim, criou-se um intrincado quadro em que coexistem três tipos de hierarquia de normas internacionais perante as de direito interno: a das normas

⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2008. p.81.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. passim.

⁶⁰ Neste sentido: “os tratados concluídos pelo estado federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1347. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 05/09/1995, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 1 dez. 1995.

⁶¹ WEIS, Calos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006. passim.

⁶² Grande parte dos doutrinadores de direitos humanos vê com olhos críticos tal emenda, acreditando que ela veio para tumultuar ainda mais a estrutura hierárquica dos tratados sobre direitos humanos. Cf. VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. p.203.

⁶³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.36

internacionais que não versam sobre direitos humanos (trabalhadas no ponto anterior); as normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro que não passaram pelo procedimento do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB; e os tratados internacionais sobre direitos humanos que passaram pelo quórum previsto no 3º do art. 5º da CRFB. Para cada uma dessas normas há um diferente grau hierárquico, havendo entendimentos nos mais diversos sentidos.

A temática tinha uma interpretação do STF no sentido de que, a exemplo dos tratados internacionais comuns, os tratados internacionais sobre direitos humanos teriam status de lei ordinária, não podendo, portanto, contrariar a Constituição Federal. Neste sentido podemos citar como exemplos o HC 73.044/SP, julgado em 1996, e o HC 72.131, julgado em 1995, nos quais o STF decidiu que a prisão civil do depositário infiel era constitucional. Atendendo ao clamor por uma maior atenção aos tratados de direitos humanos, a inserção do § 3º no art. 5º da CRFB feita pela EC 45/04 deixa claro que não há mais dúvidas de que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados no rito do referido parágrafo têm força constitucional. Contudo, os demais tratados sobre direitos humanos não aprovados segundo aquele procedimento continuariam, segundo tal posição do STF, no nível das normas legais ordinárias no nosso ordenamento jurídico interno.

Todavia, esse entendimento foi reformado para melhor se coadunar com a ordem jurídica constitucional e o panorama jurídico internacional a partir da decisão do Recurso Extraordinário 466.343/SP em dezembro de 2008, a qual consubstanciou que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível supralegal no País. Para assumirem o status de norma constitucional, contudo, necessitam passar pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º da Constituição, quando, então, passarão a formar o “bloco de constitucionalidade”. Assim, em entendimento capitaneado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo adotou a tese da supralegalidade, segundo a qual os tratados e convenções 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”⁶⁴.

Como pudemos ver, a posição adotada pelo STF utiliza com imperícia o direito internacional, autorizando-nos a dizer, no mesmo sentido em que Deisy Ventura o faz, que o

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.466.343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 de jun.2009. Cumpre ressaltar que essa tese já havia sido defendida no ano de 2000 pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto do RHC 79-785-RJ.

“STF aplica pouco e mal o Direito Internacional”⁶⁵. Esse fato é o que leva a doutrinadora citada a afirmar que a postura do STF é de “provincianismo jurídico”, visto que desconsidera os grandes avanços da doutrina e jurisprudência internacionais⁶⁶. A doutrina dominante, por sua vez, vem discutindo a matéria de forma mais profícua e evoluindo a passos largos no campo do direito internacional dos direitos humanos.

Neste sentido, Flávia Piovesan acredita que a Constituição brasileira, ao prescrever que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes de tratados internacionais⁶⁷, estaria, *a contrario sensu*, admitindo a inclusão dos direitos enunciados nos tratados internacionais que o Brasil é parte no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. A Carta brasileira teria atribuído aos direitos humanos consagrados em instrumentos internacionais, então, “uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional”⁶⁸. Não bastasse tal fato, assevera a autora que os tratados internacionais sobre direitos humanos teriam, por si só, natureza materialmente constitucional, dado seu conteúdo normativo⁶⁹.

Valério Mazzuoli também interpreta que o § 2º do art. 5º da CRFB pretende expressar que outros direitos e garantias relativos a direitos humanos presentes em instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro se incluiriam no chamado bloco de constitucionalidade, independentemente do procedimento previsto no §3º do mesmo art. 5º. Desta forma, a Constituição aceitaria uma “dupla fonte normativa” no sistema de direitos e garantias: a do direito interno, composta pelos direitos expressa e implicitamente inseridos no texto constitucional; e a do direito internacional, representada pelos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil for parte⁷⁰.

5.2 O Controle de Convencionalidade em Abstrato

Compreendida de que forma está estruturada a hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil, podemos, enfim, partir para o estudo do controle de convencionalidade. A ideia de controle de convencionalidade, como já dissemos

⁶⁵ VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. p.204.

⁶⁶ VENTURA, loc. cit. Neste mesmo sentido, mas não sobre o caso brasileiro, Cf. CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

⁶⁷ Cf. art. 5º, § 2º da CRFB.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.52.

⁶⁹ Ibidem. p.54.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.28-30.

diversas vezes ao longo deste trabalho, é a de compatibilização da estrutura normativa de um Estado com a legislação internacional a qual esse aderiu e ratificou, especificamente sobre direitos humanos. Para exercer o controle de convencionalidade entre uma lei nacional e uma norma de direito internacional relativa a direitos humanos, adota-se o posicionamento de que somente será necessário que o Brasil tenha se comprometido internacionalmente e posteriormente ratificado determinado tratado. Há, contudo, hipóteses em que a proeminência do direito analisado clamará pela classificação de *jus cogens* internacional, oportunidade em que não será necessária sequer a manifestação do país com relação ao direito.

A acepção do termo “controle de convencionalidade” ora estudada cria uma nova forma de se ver o direito interno dos países a partir de uma visão internacionalista. Passa a ser um “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados [de direitos humanos]”⁷¹. Impõe, outrossim, aos tribunais e juízes locais um novo contexto jurisdicional, no qual a observância dos tratados internacionais é obrigatória, sob risco de não só acarretar em descumprimento de obrigações internacionais pelo Brasil, como também, frise-se, ferir a Constituição da República Federativa brasileira. A novidade que extraímos daí é o tratamento do controle de convencionalidade como um dever dos operadores de direito atuantes em âmbito nacional ao invés de deixar tal encargo à incumbência exclusiva de órgãos internacionais⁷².

Esta orientação pode ser extraída do próprio texto da Convenção Americana⁷³ - que, repisa-se, o Brasil é signatário – mas principalmente da jurisprudência da Corte IDH⁷⁴ que se firmou a partir de 2006, tendo como divisor de águas o Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile⁷⁵. Na referida decisão, a Corte considerou que quando um Estado ratifica um tratado internacional como o é a CADH, não só as Cortes Constitucionais devem obediência aos preceitos advindos do direito internacional, mas sim a todo o ordenamento jurídico, aí incluídos os juízes de primeiro grau.

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.82

⁷² GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

⁷³ Especialmente nos arts. 1 e 2 da CADH.

⁷⁴ Sobre o papel da Corte, Cançado Trindade salienta: “Un tribunal international des droits de l'homme comme la Cour Interaméricaine ne se limite pas à résoudre les affaires contentieux de violation des droits de l'homme que lui sont soumis: il declare le droit et prend charge du développement progressif du corpus juris de protection.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.105.

⁷⁵ Mazzuoli considera que o caso inaugurou a doutrina do controle de convencionalidade no Continente Americano, muito embora não seja a primeira menção. MAZZUOLI, op. cit. p.85.

Daí o caráter descentralizado e universal do controle de convencionalidade, sendo exercido tanto pela maior (corte suprema) quanto pela menor (juízes de 1º grau) autoridade jurisdicional dos países. Vale dizer, à semelhança do controle de constitucionalidade realizado de maneira difusa no Brasil, o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os membros do Poder Judiciário nacional, sem reserva de competência, respeitando, contudo, a hierarquia administrativa. Em outras palavras, deverá o juiz realizar o diálogo entre as mais diversas fontes que orbitam na constelação jurídica pátria – inclusive as advindas do direito internacional – em ordem a solucionar o caso concreto⁷⁶. Ante o ilustrado contexto, deve-se colocar o controle de convencionalidade ao lado do controle de constitucionalidade como método de aferição da validade das leis. É dizer, não se pode considerar o controle de convencionalidade como acessório ou subsidiário ao controle de constitucionalidade, mas sim como paralelo e complementar a esse⁷⁷.

Desta forma, o controle de convencionalidade torna-se uma técnica decisória de ordem pública, isto é, alegável a qualquer tempo no processo judicial devendo, inclusive, o juiz controlar a convencionalidade *ex officio*. Deve-se destacar que o parâmetro do controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos não deve ser exclusivamente o texto legal da Convenção Americana de Direitos Humanos. Abre-se espaço aqui para uma nova fonte do direito internacional, qual seja, a jurisprudência internacional. Neste diapasão, notamos que, tal qual como no direito interno em que o último intérprete da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, no sistema interamericano de direitos humanos o intérprete final das normas presentes na Convenção Americana é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tal assertiva é reiteradamente mencionada pela Corte IDH em suas decisões. No caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* a corte sublimou que o “Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁷⁸. Por consequência, a produção legislativa nacional passa a ter uma nova baliza de controle. Não basta mais as normas internas se compatibilizarem com os preceitos oriundos da Constituição Federal; é necessário que se orientem de acordo com os tratados firmados pela República

⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.134.

⁷⁷ *Ibidem*. p.132.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n.154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012. par. 124.

brasileira. Isso é o que Mazzuoli chama de teoria da dupla compatibilidade vertical⁷⁹. Nesta senda, todos os atos normativos nacionais devem estar em conformidade com o universo legislativo internacional integrado ao direito interno por meio de tratados devidamente ratificados, com especial atenção aos tratados sobre direitos humanos, dado o privilégio hierárquico que possuem no nosso ordenamento jurídico.

5.3 Caso Concreto: a Falta do Controle de Convencionalidade na Decisão da ADPF 153

O Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de servir de baliza para o Poder Judiciário brasileiro que, em mais de uma ocasião, deixou de realizar a persecução criminal de agentes da ditadura por conta da Lei de Anistia⁸⁰. A decisão do STF não considerou o corpo normativo internacional dos direitos humanos nem tampouco a jurisprudência internacional a respeito, preferindo “desfilar revisões aventureiras da história, além da regurgitação de questões desprovidas de transcendência, se comparadas ao que o mundo jurídico construiu nos últimos 70 anos”⁸¹. Carece validade à interpretação da lei de anistia brasileira dada pelo Supremo pelo simples fato desta não guardar correspondência com preceitos alçados ao mais alto nível hierárquico no universo jurídico nacional, o qual, por óbvio, sofre direta influência do direito internacional. Alguns pontos de discrepância merecem ser combatidos neste ponto final do trabalho.

No que tange ao crime de tortura, diversos instrumentos jurídicos internacionais contemplam a proibição absoluta de seu emprego seja qual for a ocasião. Ainda que assim não fosse, há que se destacar que a vedação à tortura alcançou o status de *jus cogens* internacional (norma cogente e inderrogável)⁸². O Brasil, no pleno gozo de sua soberania e por livre e espontânea vontade, ratificou em 1989 a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou

⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. passim.

⁸⁰ Como exemplo, a tentativa de responsabilização criminal (com a abertura de inquérito policial) de Pedro Antônio Mira Grancieri, vulgo “Capitão Ramiro”, o qual admitiu estar relacionado com a morte do jornalista Vladimir Herzog, acabou sendo fulminada por um *Habeas Corpus* concedido pela Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP, *Habeas Corpus* nº 131.798-3/2, Rel. Péricles Piza.) que trancou o inquérito policial por entender que os fatos imputados teriam sido anistiados pela lei 6.683/7943, sendo a decisão mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, *Recurso Especial* nº 33.782-7-SP, j. 18/08/93, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. José Dantas). SANTOS, Roberto Lima. BREGA FILHO, Vladimir. Os Reflexos da “Judicialização” da Repressão Política no Brasil no Seu Engajamento com os Postulados da Justiça de Transição. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.1, jan./jun.2009. p.156.

⁸¹ VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. passim.

⁸² PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: O Caso Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.2, jul./dez. 2009. p.179.

Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Desta forma, assumiu internacionalmente e internamente o compromisso de se pautar pelas disposições daquele tratado. No referido texto da convenção, encontramos a previsão que estabelece a jurisdição compulsória e universal para os indivíduos acusados de sua prática (arts. 5º a 8º), caracterizando obrigação estatal investigar e punir os perpetradores de crimes de lesa-humanidade. Englobar o crime de tortura dentro do rol de atos anistiados pela Lei de Anistia brasileira contraria frontalmente o direito internacional ao qual o Brasil deve observância. A peculiar gravidade dos crimes de lesa-humanidade exige um tratamento diferenciado desses perante a ordem jurídica penal, impossibilitando que sejam anistiados, bem como sofram com a prescrição⁸³.

De outra banda, temos o controle de convencionalidade a ser realizado no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, que somente vem a ratificar o entendimento exposto no sistema global de direitos humanos. Para tanto, devemos considerar não só a CADH (que equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos⁸⁴) como a jurisprudência da Corte IDH que, conforme já mencionamos, compõe o bloco de convencionalidade o qual servirá de paradigma ao controle de convencionalidade. Neste ponto, devemos destacar a consolidada jurisprudência da Corte Interamericana que, há alguns anos, vem tratando sobre os temas debatidos ao longo do presente estudo.

A questão da validade de anistias editadas em momentos de transição já foi levada diversas vezes à consideração da Corte IDH dizendo respeito aos regimes autoritários de países da América Latina. No *leading case* Barrios Alto x Peru, julgado em 2001, a Corte ressaltou a incompatibilidade das anistias, cláusulas excludentes de responsabilidade e leis de prescrição que tenham o intuito de impedir ou dificultar a investigação e punição de crimes de lesa-humanidade⁸⁵. Assim, a decisão é paradigmática não só no tocante à incompatibilidade

⁸³ Neste sentido, Piovesan: “Como já enfocado, o crime de tortura viola a ordem internacional e por sua extrema gravidade é insuscetível de anistia ou prescrição. A tortura é crime de lesa-humanidade, considerado imprescritível pela ordem internacional. Demanda do Estado o dever de investigar, processar, punir e reparar a violação perpetrada, assegurando à vítima o direito à justiça e o direito à prestação jurisdicional efetiva.” PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: O Caso Brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.2, jul./dez. 2009. p.181.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n.219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012. par. 5 do voto do juiz ad hoc.

⁸⁵ “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” Idem. *Caso Barrios Altos versus Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf>. Acesso em: 18 maio 2012. par. 41. Neste mesmo sentido destacamos, ainda: *Caso La Cantuta versus Peru* e o *Caso Almonacid e Arellano versus Chile*.

das anistias, como também quando afirma que leis de prescrição não podem evitar a perseguição criminal de crimes de lesa-humanidade⁸⁶.

De outra banda, a Corte fez questão de repisar os argumentos expendidos no Caso Almonacid e Arellano (conforme visto no ponto anterior) no sentido de que o controle de convencionalidade é obrigatório ao Poder Judiciário⁸⁷. Restou expressamente consignado na decisão do caso Gomes Lund e outros que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado”, tendo a decisão do Supremo confirmado a validade “da interpretação da Lei de 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”⁸⁸. Neste ponto, devemos lembrar que, ao contrário do decidido pelo STF, a questão da validade das leis de anistias não passa tão somente pela análise subjetiva da lei, isto é, se pode ou não ser caracterizada como autoanistia. Conforme estudado no capítulo antecedente, a incompatibilidade de Leis de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos não se limita às chamadas “autoanistias”, incluindo também quaisquer anistias de graves violações aos direitos humanos.

Esta recalitrância da Suprema Corte brasileira em aceitar a aplicação de jurisprudências de Cortes internacionais e da própria legislação internacional, demonstra a falta de uma perspectiva dialógica dos seus membros. Muito embora a corte brasileira sinalize um posicionamento cada vez menos conservador, aberto à aplicação de princípios constitucionais, a mesma lógica não prevaleceu quando da decisão da ADPF 153. Nela,

⁸⁶ Flávia Piovesan entende que a decisão do caso Barrios Alto – a qual tratava do massacre de 14 pessoas por agentes policiais da ditadura peruana – apresentou “um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade [...]. Foi a primeira vez, no Direito Internacional contemporâneo, que um Tribunal internacional [...] determinou que leis de anistia eram incompatíveis com tratados de direitos humanos, carecendo de efeitos jurídicos.” PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, BRASIL, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.76.

⁸⁷ “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.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n.219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012. par. 176.

⁸⁸ *Ibidem*. par. 177.

observamos um acentuado positivismo aliado a uma ideia arcaica da supraposição do princípio da legalidade em detrimento de outros princípios e fontes do direito. Entretanto, não é uma posição positivista coerente, mas sim um positivismo *à la carte*⁸⁹.

Não basta mais à Corte Constitucional de um Estado tão somente assimilar a legislação internacional de direitos humanos. A conjectura atual clama por uma nova forma de encarar o tema. Assim, resta imprescindível que se considere, como já falamos em outros trechos deste trabalho, a jurisprudência da Corte que tem a palavra final em termos da interpretação dos instrumentos jurídicos do sistema interamericano de direitos humanos, a fim de que se promova o diálogo entre as Cortes, à semelhança da ideia do diálogo das fontes proposta por Erik Jayme. Não se trata aqui de propor uma inovação jurídica ou introduzir uma ideia nunca antes vista no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, apenas, que o STF retome a senda de julgamentos nos quais os direitos humanos se colocaram em um elevado plano. Retomar, por exemplo, o entendimento segundo o qual deve sempre prevalecer a norma mais favorável ao ser humano, como ficou consolidado no HC 91.361/SP, julgado em 2008 e ratificado por julgamentos posteriores⁹⁰.

Cobra-se, fundamentalmente, coerência à Suprema Corte brasileira, para que passe adotar a legislação sobre direitos humanos internacionalmente pactuada em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já o fez no caso do RE 511.961/SP que acabou por declarar a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa⁹¹; no caso da assistência consular⁹² ou, ainda, mais recentemente, no caso da ADPF 132, em que o

⁸⁹ Trazemos aqui novamente a ideia de positivismo *à la carte* introduzida por Deisy Ventura, nos seguintes termos: “[...] ao refutar a aplicação da Convenção sobre a Tortura por ter vigência superveniente à da Lei de Anistia, o STF aparenta ser positivista. Nada mais do que aparência: tributário de sua própria lógica, o puro positivismo não permitiria escolher, entre as convenções internacionais, apenas aquelas que não estão em vigor, e somente para refutá-las, ignorando em absoluto as que são perfeitamente vigentes, mas não servem a dado escopo. Inova o STF, neste caso, ao praticar uma espécie de positivismo *à la carte* e não sem profundas consequências.” VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, jul./dez. 2010. p.209.

⁹⁰ Neste sentido, ver: Habeas Corpus n.94.695/RS, Habeas Corpus n.90.450/MG e Habeas Corpus n.96.772/SP.

⁹¹ Neste sentido decidiu o STF: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “La colegiación obligatoria de periodistas” - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão.”. Idem. Recurso Extraordinário n.511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun.2009, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 nov.2009.

⁹² Na qual o STF utilizou a Opinião Consultiva n.16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar a afirmação de que existe um direito humano à solicitação de assistência consular. Idem. Extradicação n.954 (Itália). Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 maio 2005, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 maio 2005.

Supremo utilizou como argumento para declarar a constitucionalidade da união estável homoafetiva a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru* e *Gutiérrez Soler versus Colômbia*⁹³. O descumprimento da decisão da Corte IDH no presente caso, não só coloca o Brasil em descrédito perante a sociedade internacional, como acarreta em afronta à própria Constituição nacional, que expressamente consigna os direitos humanos no mais alto grau de proteção jurídica.

6 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, idealizado como apenas uma manifestação do institucionalismo brasileiro, acaba por ser o reflexo da visão política que domina o país desde muito antes da ditadura de 1964. Desta forma, pudemos denotar que o STF possui uma forte carga política em suas decisões e, em especial na ADPF 153, é nítida a incoerência do tribunal com sua própria jurisprudência. Nos votos da ADPF 153, a ausência de menção a instrumentos normativos internacionais bem como à jurisprudência internacional consolidada só vem a provar que a jurisprudência da mais alta corte brasileira é seletiva. Em que pese não seja habitual que o Supremo se utilize do direito internacional em suas decisões, há casos bastante semelhantes (em termos jurídico-teóricos) em que a corte optou por acatar e argumentar de acordo com o que o Direito Internacional Público tem a dizer. A manipulação da sentença no caso da Lei de Anistia é evidente, com o claro intuito de ver sepultada uma discussão que não parece nem conveniente nem confortável a setores da sociedade brasileira e que, de uma maneira ou de outra, tem sua carga de responsabilidade pelo estado de exceção vivido entre os anos de 1964-1985. A própria concepção do STF relativa ao contexto histórico que antecedeu à criação da Lei de Anistia demonstra uma visão deturpada dos acontecimentos, imbuída de um unidimensionalismo que antes mesmo de iniciada a discussão já possui a resposta final. Consideramos que o STF persiste com uma posição retrógrada e fora de lugar dentro da nova ordem mundial, na qual o respeito aos direitos humanos constitui princípio cogente inderrogável.

Diante desse delicado quadro é que nos deparamos com o conceito de controle de convencionalidade, que vem a ser o tema principal deste estudo. Utilizando-se da conceituação trazida pelo professor Valerio Mazzuoli, cujo substrato teórico advém da própria

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 maio 2011, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 out. 2011.

jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visualizamos o controle de convencionalidade como a análise de compatibilidade das normas internas do país com o corpus legislativo do direito internacional dos direitos humanos. No sistema interamericano de direitos humanos, como tivemos a oportunidade de estudar, tal controle é realizado tendo como principal fonte normativa a Convenção Americana de Direitos Humanos, que deve ser interpretada de acordo com o entendimento que a Corte Interamericana de Direitos Humanos define, uma vez que é esta a intérprete final do texto da Convenção.

Segundo a teoria do controle de convencionalidade - que já pode ser considerada uma realidade jurisdicional - os Estados que aderem à CADH devem obediência não só ao seu texto como ao que a jurisprudência da Corte IDH tem a dizer sobre ele. Temos, então, a hipótese em que tanto os tratados internacionais quanto a jurisprudência internacional formam a superestrutura que compõe a fonte do direito internacional e, por conta da adesão do Estado à CADH, do próprio direito interno. Isto é o que se chama de bloco de convencionalidade que funciona em paralelo ao bloco de constitucionalidade. O controle de convencionalidade deve ser enxergado ao lado do controle de constitucionalidade, em uma relação de complementaridade, e nunca de subordinação. Desta forma, é mister ressaltar que o controle de convencionalidade deixa de ser, no direito interno, uma mera abstração filosófica destinada tão somente aos juízes internacionais: passa a ser uma obrigação imposta pelo direito internacional público. Assim, cabe a todos os membros do Poder Judiciário realizar *ex officio* e de forma inderrogável o controle de convencionalidade no caso concreto.

De acordo com o elaborado ao longo deste trabalho, apreendemos que o conceito de controle de convencionalidade ganha uma real significação a partir da compreensão dos mecanismos de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento pátrio. Neste sentido, argumentamos que o Brasil apresenta um intrincado quadro se pretendemos analisar a hierarquia normativa dos tratados internacionais no direito interno. Dependendo da ótica pela qual se olha a questão, a resposta é diametralmente distinta. O entendimento do STF evoluiu daquele que creditava a toda espécie de tratado internacional o mesmo *status* de lei ordinário para a ideia de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem grau hierárquico supralegal, vale dizer, estão acima das leis e abaixo da Constituição; ressalvado o caso em que os tratados de direitos humanos forem aprovados no rito do art. 5º, p. 3º da CRFB, ocasião em que assumirão *status* de norma constitucional. Quanto aos demais tratados, esses remanesceriam no nível das leis infraconstitucionais. Advertimos, contudo, que em consonância com a mais moderna doutrina, nos filiamos ao pensamento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, devido a sua relevância,

integram diretamente o bloco de constitucionalidade, tendo, portanto, nível de norma constitucional. Os tratados restantes teriam o status supralegal, dada a proeminência que o direito internacional assume.

Com tudo isso em mente, ressaltamos novamente a falta de compromisso de nossa Suprema Corte com os instrumentos internacionais que o Brasil ratificou. O caminho que se deve seguir aqui é o da relação dialógica entre as fontes de direito, de acordo com a doutrina internacionalista moderna. A nova ordem mundial apresenta um novo paradigma, segundo o qual os países devem se conectar dentro da sociedade internacional na qual se inserem, pugnando cada vez mais pela cooperação e compromisso com uma ordem jurídica supraestatal.

Não basta tão somente que os países se declarem autossuficientes e utilizem como único parâmetro de aferição de validade das leis a Constituição nacional. Neste novo cenário mundial, o diálogo não deve se operar unicamente entre as fontes de direito, mas também entre a jurisprudência das cortes; no presente caso, a jurisprudência do STF deve se conectar dialogicamente com a jurisprudência da Corte IDH. Entretanto, cabe à sociedade civil lutar pela concretização de uma justiça de transição que satisfaça aos anseios de um Estado democrático de Direito.

Todo esse esforço deve colocar em evidência o princípio que mais demonstra essa nova ordem mundial: o princípio *pro homine*, ou o da norma mais favorável ao homem. O referido princípio, que já foi aplicado pelo STF em determinadas situações, representa o mais alto grau de evolução do direito em relação à proteção dos direitos humanos. Quando o aludido for colocado no lugar que merece, estaremos diante de uma nova realidade jurídica, na qual os direitos humanos representam uma verdadeira preocupação do Estado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ato Institucional n.1, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

_____. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 6.683/79, de 28 de agosto de 1979. Concede Anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa*, Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 mai. 2011, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 out. 2011.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, Brasília, DF, 29 de abril 2010. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 6 de agosto 2010.

_____. _____. Extradução n. 954 (Itália). Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 mai. 2005, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 mai. 2005.

_____. _____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1347. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 05/09/1995, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 1 dez. 1995.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 466.343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 de jun. 2009.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2009, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 nov. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

_____. *Caso Barrios Altos versus Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf>. Acesso em: 18 maio 2012.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc>. Acesso em: 21 maio 2012.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FICO, Carlos. A Negociação Parlamentar da Anistia de 1979 e o Chamado “Perdão Aos Torturadores”. *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n. 4, p. 318-333, jul./dez. 2010.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.73-86.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os Múltiplos Sentidos da Anistia. *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.1, p.272-295, jan./jun. 2009.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p.17-66.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2008.

_____. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil. *Sur – Rev. Internacional de Direitos Humanos*. n. 13. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm> Acesso em: 20 maio 2012.

_____. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si Muove*: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p.67-110.

PINHEIRO, Paulo Sergio. O STF de costas para a humanidade. *Folha de São Paulo*, 05 maio 2010, p.A3.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: O Caso Brasileiro. *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.2, p.176-189, jul./dez. 2009.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.73-86.

- RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p.174-225.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo I. 3.ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- _____; BREGA FILHO, Vladimir. Os Reflexos da “Judicialização” da Repressão Política no Brasil no Seu Engajamento com os Postulados da Justiça de Transição. *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.1, p.152-177, jan./jun. 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: RT, 2000.
- SILVA FILHO. José Carlos Moreira da. Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.278-307.
- SOUSA, Jessie Jane Vieira. Anistia no Brasil: um processo político em disputa In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.188-211.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antonio Cançado, Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Doctrina Latinoamericana del derecho internacional*, tomo 1, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
- VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Brasília, n.4, p.196-227, jul./dez. 2010.
- WEIS, Calos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.