



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALICE MENEZES DANTAS**

**A (IN)CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA  
BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO CASO GOMES  
LUND (E OUTROS) VERSUS BRASIL**

Salvador  
2013

**ALICE MENEZES DANTAS**

**A (IN)CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA  
BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO CASO GOMES  
LUND (E OUTROS) VERSUS BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Thiago Carvalho Borges

Salvador  
2013

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ALICE MENEZES DANTAS**

**A (IN)CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA  
BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO CASO GOMES  
LUND (E OUTROS) VERSUS BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

A  
Josie e Miguel,  
meu princípio, força e farol.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus pela Luz que me guia pelos Seus caminhos, tornando minha caminhada muito mais tranquila.

À minha maior torcida: minha família. Minha mãe, Josie, pelas inesgotáveis palavras de incentivo e confiança, pela paciência, amor profundo e carinho infidável. Meu pai, Miguel, pelos ensinamentos e pelo exemplo de determinação e superação, minha rocha. Minha irmã, Ana Carolina, por crescer e aprender junto comigo a superar as duras lições que a vida proporciona. Obrigada pela compreensão, pelo amor, pelo suporte e pela fé que vocês depositam em mim. Sem vocês, superar meus limites não seria possível.

À Filipe Duarte, pela compreensão e paciência, pelo ombro amigo, pelo incentivo constante e por me ajudar a me tornar uma pessoa melhor e mais forte.

À Maria Vitória Resedá, João Filipe Dias, Leonardo Medrado e Gabriella Benevides pela companhia, incentivo e torcida. Ter vocês ao meu lado é motivo de orgulho e alegria. Sei que em minha caminhada acadêmica nunca estarei sozinha.

Aos meus colegas de sala, porque lutamos e vencemos juntos essa batalha.

À tia Eliene e tia Zaide, pelas valiosas correções de última hora.

À Thiago Borges, pela prestação de contribuições essenciais para execução e finalização deste trabalho, muitíssimo obrigada!

Ao corpo acadêmico da Faculdade Baiana de Direito e Gestão pela formação de excelência que me proporcionaram.

Agradeço a cada um de vocês pela soma que representam à minha vida. Sem vocês, nada seria possível.

“A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão.  
A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores  
porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha,  
convite masoquístico à reincidência.”

Carlos Ayres Britto  
(trecho do poema À propósito de Hitler)

## RESUMO

O presente trabalho analisa a lei de anistia brasileira à luz da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund (e outros) *versus* Brasil, quando declarou-se a inconvencionalidade daquela lei. Abordam-se temas gerais do direito dos tratados a partir da Convenção de Viena de 1969. Detalha-se a relação dos tratados com o direito interno do Brasil, e a discussão doutrinária acerca do *status* que adquirem quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentro deste contexto, apresenta-se ainda os principais fundamentos da teoria da convencionalidade das leis. Aprecia-se a tutela dos direitos humanos pelos tratados já existentes, aprofundando-se no sistema interamericano de direitos humanos, baseado no Pacto de San José da Costa Rica, e no suporte jurídico que a Comissão e a Corte representam para a região. Analisa-se a ditadura militar brasileira e a guerrilha do Araguaia, além do contexto político na época da promulgação da lei de anistia brasileira. Dentro do panorama da redemocratização do Brasil pós-88 e das polêmicas envolvendo a lei de anistia, é feita uma análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Esmiúça-se o processamento do Caso Gomes Lund perante a Comissão e a Corte Interamericana, a partir das alegações das partes e dos argumentos citados pela Corte para a condenação do Brasil. Pondera-se acerca das implicações do cumprimento da sentença do Tribunal Interamericano no direito brasileiro, e a possibilidade de conciliação entre a decretação da (in)convencionalidade e da constitucionalidade da lei de anistia através da aplicação da teoria do duplo controle, e o estabelecimento de uma cooperação entre as Cortes.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade; teoria do duplo controle das leis; anistia; conflito de jurisdições.

## ABSTRACT

This thesis analyses the Brazilian amnesty law under the perspective of the Inter-American Court of human rights' decision on the Gomes Lund (and others) versus Brazil case that declared the law's lack of conventionality. It addresses general subjects of law of the treaties using the 1969 Vienna Convention as a base. The paper details relation of treaties with Brazilian internal law and the theoretical discussion on the status that they acquire once embedded in the Brazilian legal system. In this context, it is presented the main foundations of the theory related to conventionality of the laws. It considers the protection of human rights already existent, delving in the Inter-American system of human rights, based on the San José of Costa Rica Pact and on the legal structure provided to the region by the Inter-American Commission and Court. The dissertation examines the military dictatorship in Brazil as well as the political context by the time of the amnesty law's promulgation. Within the panorama of Brazil's re-democratization after-88 and the controversies involving the amnesty law, it is made an analysis of the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153*'s trial by the Supreme Court. The processing of the Gomes Lund case before the Inter-American Commission and Court is scrutinized, starting from the parties' pleading and arguments used by the Court for convicting Brazil. It considers the implication of the judgments' execution in the Brazilian law and the possibility of reconciliation between the declaration of (in)conventionality and constitutionality of the law by applying the theory of dual control and the establishment of cooperation between the Courts.

**Keywords:** Conventionality control; theory of dual control; amnesty; jurisdiction conflicts.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
Comissão	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Convenção	Convenção de Viena de 1969
Corte	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
MP	Ministério Público
Min.	ministro
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 DIREITO DOS TRATADOS</b>	<b>14</b>
2.1 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969	16
<b>2.1.1 O princípio do <i>pacta sunt servanda</i></b>	
<b>2.1.2 Assinatura e ratificação de tratados</b>	<b>19</b>
2.2 TRATADO X DIREITO INTERNO	22
<b>2.2.1 A incorporação de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro</b>	<b>27</b>
<b>2.2.2 Controle de convencionalidade</b>	<b>34</b>
2.3 A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL	41
2.4 SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	44
<b>2.4.1 O pacto de San José da Costa Rica</b>	<b>46</b>
2.4.1.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	48
2.4.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos	50
<b>3 LEIS DE ANISTIA</b>	<b>54</b>
3.1 A DITADURA MILITAR NO BRASIL	55
3.2 A ELABORAÇÃO DA LEI 6.683/79	61
<b>3.2.1 Contexto político</b>	<b>62</b>
<b>3.2.2 A redemocratização do Brasil</b>	<b>66</b>
<b>3.2.3 Autoanistia x Anistia bilateral</b>	<b>68</b>
3.3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	72
3.4 LEIS DE ANISTIA NA AMÉRICA LATINA	75
3.5 A ADPF 153	79
<b>4 O CASO GOMES LUND (E OUTROS) V. BRASIL</b>	<b>87</b>
4.1 DAS ALEGAÇÕES	89
<b>4.1.1 Da denúncia</b>	<b>89</b>
<b>4.1.2 Da defesa do Estado</b>	<b>91</b>
<b>4.1.3 Das alegações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos</b>	<b>92</b>
<b>4.1.4 Da argumentação dos representantes</b>	<b>93</b>
4.2 SENTENÇA	94

<b>4.2.1 Das violações ao Pacto de San José da Costa Rica</b>	<b>95</b>
<b>4.2.2 Pontos resolutivos da sentença</b>	<b>100</b>
<b>4.3 CUMPRIMENTO DA SENTENÇA</b>	<b>102</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>118</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Ditadura Militar no Brasil representa um importante marco histórico, contudo, ainda reveste-se de muitas dúvidas e debates no contexto nacional. A investigação e esclarecimento de fatos ocorridos no período tem sido propositalmente negligenciado pelo Estado, que encontra fundamento na lei de anistia brasileira como justificativa para perdoar e esquecer o exercício arbitrário do poder pelos militares.

Pelos registros divulgados e por depoimentos de pessoas diretamente afetadas pelo período ditatorial, advém a certeza da variedade de violações a direitos humanos ocorridos na época, seja por meio de tortura, de desaparecimentos forçados ou execuções extrajudiciais.

Em meio à abertura política, a lei de anistia surgiu como um instrumento eficaz para garantir a impunidade dos perpetradores de graves crimes. A lei, publicada em 1979, anterior à Constituição Federal de 1988, é objeto de acaloradas discussões, acentuadas pelas recentes sentenças do Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Gomes Lund *versus* Brasil).

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil. A sentença foi clara em suas resoluções: a Lei de Anistia brasileira é inconveniente por violar uma série de dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e o Estado deveria, entre outras determinações, investigar e processar penalmente os responsáveis pelas ações questionadas no processo, bem como indenizar quantitativamente as famílias das vítimas.

A decisão da Corte não foi inovadora, na medida em que sua jurisprudência já declarava a inconveniência a leis de anistia de outros países da América Latina. A decisão detalhou precisamente os dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica que foram desrespeitados pelo Brasil durante a ditadura militar, sem abster-se de considerar o julgamento da ADPF 153 pelo STF que, poucos meses antes, declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia Brasileira.

Nesta referida ação constitucional, a Suprema Corte brasileira declarou a recepção da Lei de Anistia pela Constituição Federal de 1988, alegando o caráter “bilateral” da mesma (anistiava tanto agentes do Estado quanto “criminosos”). Para o STF, leis estrangeiras se distinguem da brasileira por possuírem caráter de autoanistias, enquanto abarcavam somente os agentes do Estado.

A Corte brasileira ressaltou também o caráter político da lei, alegadamente responsável pela abertura política da época. Ainda considerou-se a norma como agente facilitador da transição do período ditatorial para uma realidade democrática, e que a abertura das investigações violaria a conciliação promovida entre os grupos.

Atualmente, as duas decisões estão em conflito. Enquanto a decisão nacional afirma a impossibilidade de persecução penal de suspeitos, a outra determina uma ampla investigação criminal e posterior individualização de penas aos agentes violadores. Deste conflito, surgem questionamentos acerca dos efeitos vinculantes de sentenças internacionais, principalmente diante de jurisprudência nacional.

O objetivo deste trabalho é, portanto, encontrar uma forma de dar cumprimento à sentença da Corte interamericana, que declarou a inconveniência da Lei de Anistia, e conciliá-la com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Para isto, utiliza-se o método da dialética, confrontando doutrina, jurisprudência e diplomas normativos. O primeiro capítulo adentra o direito dos tratados, trazendo desde seu primeiro instrumento, a Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, de 1969 e seus princípios base, entre eles, o *pacta sunt servanda*, vinculando todos os Estados-parte que ratificam tratados. Em seguida, o capítulo discorre acerca da relação dos tratados com o direito interno, notadamente o ordenamento jurídico brasileiro. Nesta toada, o capítulo traz a teoria do controle de convencionalidade e as suas eventuais aplicações no direito brasileiro.

O capítulo analisa ainda os tratados de direitos humanos e especificamente, das convenções deste tema que compõem o sistema interamericano de direitos humanos, construindo não somente novas ferramentas de proteção, como ainda uma estrutura judicial com jurisdição sobre todos os Estados-parte que a reconhecerem.

O segundo capítulo faz um estudo do contexto histórico da ditadura militar no Brasil e da Lei de Anistia em seu fim, possibilitando a abertura do regime ditatorial no país.

Antes mesmo da análise da Lei de Anistia no Brasil, trazendo à discussão as leis de anistias de outros países da América Latina.

Ao partir para a discussão da Lei de Anistia brasileira, discorre-se sobre o contexto político da época, quais as circunstâncias, pressões políticas e interesses em jogo para que a lei fosse editada da forma que se encontra hoje. Analisa-se sobre a redemocratização do país e o advento da Constituição Federal de 1988, para em seguida analisar o caráter bilateral da Lei de Anistia, sustentada por parte da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, em detrimento do caráter de autoanistia, conforme entendimento recorrente da Corte interamericana acerca das leis de anistia da América Latina.

O capítulo discute ainda os termos da justiça de transição, seu conceito, importância e aplicação no Brasil, até o alcance da discussão da Lei de Anistia dentro do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Examina-se a sentença da ADPF 153 por meio dos argumentos principais apresentados pelos ministros em sentido a favor e contra a recepção da lei.

O capítulo derradeiro analisa o caso título deste presente trabalho monográfico, desde as alegações das partes, do Estado, da Comissão interamericana e dos representantes, até culminar nos dispositivos da sentença e nas determinações que o Brasil deve cumprir.

## 2 DIREITO DOS TRATADOS

A evolução e internacionalização da sociedade contemporânea trouxeram a necessidade de instrumentos internacionais capazes de fornecer adequada segurança jurídica às partes envolvidas em negociações, conferindo aos tratados o *status* de “fonte mais segura e concreta das relações entre os sujeitos do Direito Internacional Público” (MAZZUOLI, 2012, p. 169).

O surgimento de documentos jurídicos internacionais não significou uma alteração estrutural do Direito Internacional que persistiu com a base costumeira, mas representou uma ampliação de seu acervo normativo (REZEK, 2011, p. 36), uma verdadeira “codificação do Direito Internacional Público” (MAZZUOLI, 2012, p. 169).

Os tratados possuem origem tão longínqua como o início da civilização humana, com relatos sobre tratados pactuados pelo Rei dos Hititas e o faraó egípcio, Ramsés II, entre 1280 e 1272 a.C., que asseguraram a paz entre os povos durante um longo período.

Originariamente regido por princípios, quais sejam, livre consentimento, boa fé e *pacta sunt servanda*, observou-se a crescente necessidade de uma regulação das relações entre novas figuras do direito internacional. Especificamente a partir de 1815, a quantidade de relações multilaterais avolumou-se, acentuando a necessidade de instrumentos internacionais capazes de contemplar as interações travadas entre as diferentes entidades (ROSA, 2011, p. 31). O desenvolvimento do Direito dos Tratados trouxe a segurança da codificação do Direito Internacional, contribuindo para a consecução do objetivo basilar da ONU, enquanto manutenção da paz e segurança internacionais (MARESCA *apud* MAZZUOLI, 2012), respeitando, portanto, princípios de Direito Internacional presentes na Carta da ONU.

Existem, hoje, dois principais documentos que indicam a codificação dos Tratados, a Convenção de Havana de 1928, e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

De início, cabe uma importante ressalva: tratado é categoria, um gênero que abarca diversas espécies, e o termo tratado internacional é uma atecnia, um pleonasma, já que todo tratado é, necessariamente, internacional (VARELLA, 2011, p. 41).

O art. 2º, §1º, a da Convenção de Viena de 1969 define, desde logo, tratado como “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Contudo, a definição proposta parece insuficiente. Em verdade, não cabe a uma convenção internacional fixar conceitos, da mesma forma que não cabe à lei interna; desta forma o preceito jurídico transcrito não fornece um conceito jurídico de tratado, motivo pelo qual a própria disposição ressalvada, “para os fins desta Convenção” (PEREIRA; QUADROS, 2005, p. 172).

Saulo Casali (2000, p. 1) também critica essa definição por sua limitação, que possui uma “natureza prática e exclusiva ao âmbito da aludida convenção”. Isso porque a própria Convenção limita a celebração de tratados entre Estados e relações mútuas. Não obstante o reconhecimento da possibilidade de formulação de tratados entre Estados e entes de direito internacional ou somente entre estes (art. 3º), não houve o interesse em abarcá-los na regulação.

A restrição a tratados escritos para incidência das regras da Convenção de Viena ainda se trata de uma limitação “circunstancial e não essencial” (BAHIA, 2000, p.1), na medida em que reconhece em seu próprio texto a existência de tratados não escritos. Para o autor, ainda é repreensível e desnecessária a alocação “ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” porque não apenas podem existir tratados não escritos, bem como a “instrumentalidade e pluriinstrumentalidade somente servem, a distinguir os tratados, e não a defini-los” (BAHIA, 2000, p. 2). O conceito da Convenção de Viena limita-se, portanto, a aspectos supérfluos e desnecessários, se tornando insuficiente para definir os tratados.

Francisco Rezek (2011, p. 38) define tratado como “todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”; enquanto para Sidney Guerra (2012, p. 48) “é um termo genérico que pode servir para designar um acordo entre dois ou mais Estados para regular um assunto, determinar seus direitos e obrigações, assim como as regras de conduta que devem seguir, mas em nenhum caso é aplicável a um acordo entre um Estado e uma pessoa privada”, para Amaral Júnior (2011, p. 48), “é todo acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos



jurídicos” e para Casali (2000, p. 3) “acordo de vontades entre pessoas de direitos internacional, regido pelo direito das gentes”.

Independentemente da definição, o núcleo comum dos tratados se resumiria ao consensualismo, a personalidade internacional dos acordantes e a regência pelo direito internacional. O consensualismo ou consentimento é essencial, posto que os tratados são o “produto do concurso de vontades manifestadas por Estados soberanos”, e celebra a concordância mútua sobre o meio preferencial para a regulação jurídica de um dado complexo fático (AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 49). Concomitantemente, somente pessoas jurídicas de direito internacional público (Estados e organização internacionais) são habilitadas a celebrar tratados, bem como estão sujeitas ao controle de consentimento (forma e objeto), e aos efeitos jurídicos do acordo sob as regras do direito internacional (BAHIA, 2000, p. 3).

Os tratados internacionais consagram-se por sua importância em estabelecer um acordo mútuo, a submissão de interesse de Estados soberanos a um propósito comum.

## 2.1 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969

A Convenção de Viena é fruto de um trabalho de mais de vinte anos da Comissão de Direito Internacional da ONU. Concluída em 1969, tinha como condição para sua entrada em vigor a adesão de, ao menos, trinta e cinco países, fato que só veio a se realizar em 1980.

A Convenção de Viena de 1969 é amplamente reconhecida como um instrumento completo, que não se restringiu a estabelecer parâmetros para a compreensão de um tratado internacional como conceito, terminologia, estrutura, classificações, mas buscou delinear situações variadas no âmbito de relações entre entes públicos do Direito Internacional. A importância de seu papel lhe atribuiu o título de “Código dos Tratados”, estabelecendo-se como um dos documentos de maior relevância do Direito Internacional Público (ROSA, 2011, p. 33).

A maior expressão do significado deste documento transparece diante dos efeitos jurídicos que a Convenção de Viena exerce sobre todas as nações, mesmo aquelas

que ainda não a ratificaram. Em verdade, a Convenção representa a codificação do direito consuetudinário acerca de tratados, assumindo um papel de princípio geral de direito internacional. Neste sentido, as disposições da Convenção devem ser observadas durante a elaboração de todos os tratados, mesmo se celebrados por Estados não ratificadores (MAZZUOLI, 2012, p.173).

Em 2009, o Brasil ratificou a convenção, por meio do decreto 7.030/09, reservando-se apenas em relação aos artigos 25 (Aplicação Provisória dos Tratados) e 66 (Processo de Solução Judicial, de Arbitragem e Conciliação). Não obstante uma ratificação tardia permaneceu uma consciência do fundamento costumeiro das normas dispostas na Convenção (REZEK, 2011, p. 37) nos planos administrativos e judiciários, o que inspirou a observação de suas disposições no panorama jurídico brasileiro desde sua assinatura até o cumprimento de toda a formalidade legislativa

Embora a Convenção seja adotada e observada independentemente de sua ratificação, esse ato possui grande representatividade, posto positivar normas de caráter costumeiro e trazer para o ordenamento pátrio, inéditas provisões procedimentais no que tange a elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados (ROSA, 2011, p. 37).

### **2.1.1 O princípio do *pacta sunt servanda***

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera as principais fontes do Direito Internacional (ONU, 2013a), e dentre estas, importa destacar a previsão dos “princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”.

O princípio do *pacta sunt servanda* não é somente entendido princípio do direito internacional - já reconhecido pelo art. 38 como fonte do Direito Internacional - mas, ainda além, está expressamente previsto no art. 26 da Convenção de Viena (ONU, 2013b), “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumpridos por elas de boa fé.”

O brocardo em latim significa que os acordos, pactos e convenções existem para ser cumpridos, além de criar lei entre as partes. Para o civilista Orlando Gomes, uma vez celebrado, o acordo deve ser observado e executado pelas partes, assumindo

uma posição de preceito legal imperativo (GOMES, 2007, p. 38). Ou seja, as cláusulas dos contratos devem ser cumpridas, e as partes devem se submeter a essas disposições como se normas legais fossem. Ressalve-se, todavia, que a obrigatoriedade não é absoluta frente ao respeito do ordenamento jurídico e aos princípios de direito como boa-fé, legalidade, igualdade, entre outros (ROSA, 2011, p. 76).

A obrigatoriedade dos tratados se tornou um argumento na tentativa de solucionar colisões decorrentes da discussão acerca da prevalência entre tratados e norma interna, frente à necessidade do Estado cumprir obrigações decorrentes de tratados que é signatário, sob pena de responsabilização na esfera internacional.

Enquanto o artigo 26 prevê o *pacta sunt servanda* como característica dos tratados, o artigo 27 prevê que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46<sup>1</sup>.” (ONU, 2013b).

Assim, o Estado se obriga a cumprir rigorosamente todas as disposições do tratado ao qual ratificou, o que pode gerar conflitos com seu regramento interno. Dessa forma, aplicando-se o princípio do *pacta sunt servanda*, o caráter obrigatório da norma de direito internacional prevaleceria sobre qualquer outra.

As obrigações internacionais contraídas através das celebração de tratados vinculam as três esferas de poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário e, frequentemente, o cumprimento integral dessas obrigações necessita da soma dos esforços de vários órgãos estatais. As leis aprovadas pelo Legislativo devem contar com o comprometimento integral do Judiciário e atuação decisiva dos tribunais para dar efetividade às obrigações assumidas (AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 72).

De fato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza frequentemente o princípio para fundamentar suas decisões, afirmando que o dispositivo 27 desautoriza o descumprimento de obrigações internacionais por motivo de ordem interna, e conclui, “as obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições

---

<sup>1</sup> O artigo 46 da Convenção de Viena de 1969 é uma exceção a regra da impossibilidade de alegação de disposição interna conflitante. O referido artigo autoriza o descumprimento da norma internacional sem responsabilização do Estado, se o consentimento ao tratado tiver sido manifestado com violação de disposição de direito interno acerca da competência para vincular-se, desde que seja manifestação expressa e seja relativa à norma de fundamental importância do direito interno.

convencionais e seus próprios efeitos (*effet utile*) no plano de seu direito interno.” (CORTE, 2012, p. 177).

Nesta toada, parte da doutrina aponta a superioridade de tratados sobre a norma interna com base no princípio do *pacta sunt servanda*. Gruppenmacher (*apud* ROSA, 2011) fez uso dos ensinamentos de Hamilton Dias para reforçar seu posicionamento, na medida em que o primeiro representa um “instrumento de cooperação entre os povos a que se refere a Constituição Federal” e deve ser observado e aplicado por todos, “sob pena de violação ao princípio fundamental contido no inciso IX, do art. 4º da Constituição Federal.” Assim, continua, qualquer lei interna contrária a disposições em tratados do qual um país é signatário seria eivada de inconstitucionalidade, diante do supramencionado dispositivo da Constituição Federal.

Afora ensinamentos doutrinários, o recente julgado da Ação Penal 470 (o julgamento do “mensalão”) no STF, reafirmou a necessidade de prevalecer o *pacta sunt servanda*, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 7.030/2009 (Convenção de Viena sobre o Direitos do Tratados). O ministro Celso de Mello ressaltou a necessidade de fazer cumprir as disposições de qualquer tratado, e a impossibilidade de suscitar regras de direito interno para justificar inadimplemento de obrigações convencionais, sob pena de cometer grave ilícito internacional<sup>2</sup> (STF, 2013a).

Na perspectiva do Direito Internacional atual, o papel desse princípio se torna evidente na fundamentação do caráter de obrigatoriedade dos tratados (MAZZUOLI, 2012, p. 263), além de garantir segurança jurídica nas relações travadas entre as diversas partes signatárias de um tratado e, por conseguinte, uma paz mais duradoura.

### **2.1.2 Assinatura e ratificação de tratados**

---

<sup>2</sup> Neste trecho do seu voto, o ministro se reportava à submissão do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que será melhor esclarecido à frente. Para o ministro, o Estado brasileiro comprometeu-se, como consequência de sua própria vontade político-jurídica “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” (STF, 2013a).

A Convenção de Viena de 1969 dispõe sobre o processo de formação dos tratados, dividindo-o em quatro principais etapas: negociação, assinatura, ratificação/adesão e promulgação e publicação (ONU, 2013b). Dentro desse procedimento, a assinatura e a ratificação na autenticação do texto dos tratados é a expressão definitiva de um Estado, em âmbito internacional, em contrair obrigações (SILVA, 2010, p. 96).

A assinatura é o ato simbólico final de termo de uma negociação, fixando e autenticando o texto do compromisso formulado, além de uma exteriorização definitiva do “consentimento quando o tratado ou negociadores assim estabeleçam” (BAHIA, 2000, p. 36) sem alternativa de gesto confirmatório outro (REZEK, 2011, p. 70). Geralmente, a assinatura é realizada por plenipotenciários, indivíduos com plenos poderes habilitados pelos chefes de Estado com o fim específico da negociação do tratado (PEREIRA; QUADROS, 2005, p. 187).

Aréchaga (*apud* MELLO, 2004, p. 226-7) lista as mais importantes funções da assinatura, quais seriam a autenticação e a concordância dos negociadores com o texto do tratado, o início da aplicação dos dispositivos referentes ao prazo para troca ou depósito dos instrumentos de ratificação e adesão, a impossibilidade de atuar de forma que afete substancialmente o valor do instrumento assinado (com a exceção do art. 18, *b* da Convenção de Viena), o valor político que a assinatura possui e, principalmente, o reconhecimento, pelo Estado, das normas costumeiras tornadas convencionais.

Com a assinatura, o comprometimento do Estado se completa, e o tratado tem plenas condições de vigência *in promptu*, a menos que se disponha de outra forma. Embora seja possível a previsão de *vacatio legis* para que o tratado passe a vigorar, esse período vacante não mitiga ou abre a possibilidade de revogação do documento, nem da possibilidade de alteração das disposições previstas. A assinatura de um tratado garante que o compromisso internacional foi consumado definitivamente e o vínculo jurídico estabelecido, embasado na previsão do *pacta sunt servanda* (REZEK, 2011, p. 71).

Superada a fase da assinatura, a ratificação figura como ato unilateral, de natureza administrativa, pelo qual o sujeito de Direito Internacional confirma – ratifica – sua intenção em se obrigar nos termos daquelas disposições na esfera internacional (BORGES, 2011, p. 46). O sistema de ratificação tem como objetivo principal a

garantia da segurança nas relações internacionais, principalmente à parte ratificante (BAHIA, 2000, p. 37).

A ratificação confirma a obrigatoriedade do tratado, e o direito interno de cada Estado determina a maneira como deve ser feita, bem como qual o poder competente para fazê-lo (GUERRA, 2012, p. 62-3). Todavia, observa-se em geral três sistemas sobre o poder competente para que se proceda com a ratificação: a competência centralizada no Executivo, ou a competência dividida entre o poder Legislativo e o Executivo, necessitando ou não a intervenção do Congresso em todos os casos e, por fim, a competência exclusiva do Legislativo (MELLO, 2004, p. 229).

Rezek reconhece a discricionariedade do Estado para ratificar os tratados, e admite que a assinatura não “vincula o *governo* do Estado, de modo que este possa aventar a obrigatoriedade da ratificação desde quando aprovado o compromisso pelo parlamento” (REZEK, 2011, p. 76). Não é um ato ilícito, portanto, a recusa em ratificar um documento assinado, embora possa se entender como “politicamente inoportuna ou inamistosa” (ROUSSEAU *apud* REZEK, 2011). Por fim, a ratificação é irreatável antes mesmo da vinculação por meio do *pacta sunt servanda*, e para efetivar a denúncia do tratado, devem ser observadas uma série de regras presentes na Convenção de Viena, que tem finalidade acautelatória dos interesses das outras partes interessadas (VARELLA, 2011, p. 67).

Todo o procedimento acerca da ratificação dos tratados está presente no artigo 14 da Convenção de Viena, e embora possa ser possível depreender de sua leitura que o silêncio do Estado importa em ratificação do tratado, a prática costumeira demonstra que há necessidade que o Poder Executivo deve fazê-lo, sendo uma formalidade essencial para consolidar a manifestação da vontade do Estado (BORGES, 2011, p. 47).

No momento em que se ratifica um tratado internacional, deve-se observar se este atende aos pressupostos constitucionais presentes no ordenamento jurídico interno de uma nação, para que possa legitimar a manifestação do seu representante, vinculando toda a nação, assim como importa a concordância dos poderes legislativos e executivo com seu conteúdo (VARELLA, 2011, p. 70), igualmente importantes para apreciação e incorporação à legislação interna. Esse atendimento a pressupostos constitucionais, essenciais para que o Estado manifeste seu

consentimento no âmbito internacional, é o *treaty making power* ou o “poder de fazer tratado”. É a presunção de que os governantes e seus representantes no âmbito internacional, enquanto legitimados a assumir compromissos pelo Estado, o fazem dentro da conformidade da legislação interna (BORGES, 2011, p. 48), e somente atos que violem o ordenamento jurídico interno invalidaria um tratado.

## 2.2 TRATADO X DIREITO INTERNO

O maior obstáculo para a efetiva aplicação e cumprimento de obrigações internacionais é a superação da dicotomia tratado *versus* direito interno. A necessidade da compatibilização entre o sistema internacional e ordenamentos internos decorre, principalmente, da busca em conferir ao Direito Internacional um mecanismo de sanções que se assemelhe ao existente dentro dos ordenamentos dos Estados, e assim garantir o adimplemento e verificação da aplicação de obrigações internacionais, como normas de proteção internacional de direitos humanos (BORGES, 2011, p. 94).

A conciliação de tratados e as obrigações que decorrem destes com o ordenamento interno dos Estados é elementar. Somente com esta harmonização, é possível concretizar uma política de cooperação para persecução de objetivos primários do direito internacional, na forma disposta no artigo 55 da Carta das Nações Unidas, e ainda de todo o ordenamento jurídico internacional criado com base nestes objetivos iniciais. Ainda além, a eficácia do direito internacional depende da observância do direito, ou seja, que seja observada uma compatibilidade entre este e o direito internacional (GUERRA, 2012, p. 41).

O Direito Internacional deixou de regular relações exclusivamente ligadas a Estados soberanos, atuando não somente no desenvolvimento da sociedade internacional, mas da própria inserção do indivíduo, proporcionando grande interação entre o direito doméstico e internacional (GUERRA, 2012, p. 41). Não obstante, a existência de sistemas regionais e a globalização aproximam o direito internacional e o direito local de forma que se torna essencial a coexistência harmônica destes em determinadas áreas do direito, como proteção aos direitos humanos, proteção ao

meio ambiente ou mesmo questões de mercado, para assegurar um perfeito atendimento das “exigências das ordens internacionais” (BORGES, 2011, p.95).

Contudo, o conflito entre normas internas e externas se evidencia quando da necessidade da prevalência de uma destas. A Convenção de Viena, antevendo a colisão das normas, já dispôs acerca da impossibilidade de suscitar norma interna como óbice ao adimplemento de acordos firmados internacionalmente, e a consequente sujeição ao *pacta sunt servanda*. Com base nesses argumentos, as Cortes internacionais aplicam e entendem pela supremacia do Direito Internacional e dos documentos vinculativos decorrentes destes. Dentro do âmbito interno, contudo, é natural que a doutrina aponte a necessidade de cumprir e observar estritamente o ordenamento pátrio, ainda que represente ilícito no plano externo, ao qual o Estado deve se responsabilizar (REZEK, 2011, p. 127).

Apesar de se tratar de um tema amplamente discutido na doutrina, a problematização acerca da harmonização entre normas de direito interno e externo normalmente circunscrevia-se a um conflito entre duas teorias: dualismo e monismo (BROWNLIE, 2008, p. 31).

A doutrina defensora da teoria dualista reconhece o direito interno de cada Estado e o Internacional como sistemas independentes e distintos, jamais conflitantes, posto que um seria inaplicável ao outro. Assim, o direito interno é aplicável às relações dentro de um país e uma norma de direito internacional só seria aplicável se fosse, antes, transformada em direito interno por meio da recepção (BAHIA, 2000, p. 71). Na concepção dessa doutrina, havendo conflito entre lei externa e interna, o judiciário de um país aplicaria sua norma pátria para resolver o conflito (BROWNLIE, 2008, p. 32/3), posto que o direito internacional teria como finalidade a regência de relações entre Estados (BAHIA, 2000, p. 72).

André Luis Cateli Rosa (2011, p. 59) critica a doutrina, já que sua adoção inviabilizaria o direito internacional enquanto norma de observância obrigatória. Para o autor, o dualismo elevaria a soberania dos Estados a um caráter de inderrogabilidade, negando, por consequência, a existência do direito internacional enquanto exercício e capacidade de contratar e travar relações jurídicas, além de negar o fundamento de todo o direito internacional e tudo aquilo a que esse sistema se propõe.



Por outra via, o monismo defende a possibilidade de uma ordem normativa singular, e uma complementação dos ordenamentos jurídicos interno e externo (BORGES, 2011, p. 96), havendo a necessidade de estabelecer certa hierarquia lógica, para que não houvesse dúvidas sobre qual ordenamento prevaleceria sobre o outro.

Dentro dessa necessidade de hierarquização, o monismo nacionalista defende a supremacia do direito interno. Os nacionalistas super estimam seu texto à medida que nenhum outro pode ser considerado superior, posto que aquele define restritamente o grau de relevância que deve ser reconhecido às normas internacionais. Ou seja, adimplir e agir de acordo com preceitos internacionais seria consequência de determinações existentes no direito interno, reconhecendo que o direito internacional seria uma simples ramificação do direito interno (ROSA, 2011, p.65).

O monismo internacionalista significa, em contraposição, a supremacia da ordem jurídica externa mesmo dentro da esfera interna, adotando a visão de que o próprio indivíduo seria sujeito de direito internacional. A doutrina rejeita a soberania, embora essa não seja discutida no plano internacional, e, nessa esteira, o direito interno seria apenas ramificação do direito internacional (BROWNLIE, 2008, p. 32). Nestes casos, a ordem jurídica interna cederia, em caso de conflitos, a uma disposição normativa internacional; esta limitaria a competência daquela. Seria vedado ao legislador interno criar normas domésticas que contrapusessem disposições jurídicas internacionais (PEREIRA; QUADROS, 2005, p. 87).

Todas as correntes teóricas possuem falhas na tentativa de racionalizar a dinâmica do direito interno e direito internacional, demonstrando a dificuldade de conciliar os dois planos de ordenamentos existentes. No Brasil, embora o sistema seja aparentemente dualista, o que de fato existe é a predominância do sistema monista nacionalista (BORGES, 2011, p. 99). Isso porque a Constituição Brasileira deixa expresso em seu texto que todos os tratados a que o Brasil seja signatários estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, da mesma forma que qualquer outro diploma infraconstitucional de nosso ordenamento (REZEK, 2011, p. 127). Por seu caráter monista, o sistema jurídico brasileiro tem se revelado insuficiente para solucionar e responder adequadamente as controvérsias do posicionamento dele em relação às disposições de tratados (DALLARI, 2005, p. 95).

Embora importante pontuar a dicotomia dualismo x monismo, essa discussão parece superada, na medida em que há uma “diversidade de possibilidades que o sistema constitucional brasileiro apresenta no estabelecimento da relação entre as normas internacionais e internas” (BORGES, 2011, p. 102).

Na tentativa de superar esse conflito, uma nova abordagem advinda do estudo de Antonio Cassese propõe duas fases para abordagem do problema: inicialmente, deve ser feita um estudo individualizado do direito internacional em relação ao direito interno de cada Estado, particularmente sob a perspectiva constitucional. Em segundo momento, deveria haver uma formulação de uma teoria inovadora que pudesse conciliar a globalização e a realidade (BORGES, 2011, p. 100).

Embora essa abordagem de Cassese apresente falhas, para a perspectiva desta pesquisa, é importante seguir a sugestão do autor e analisar a forma que tratados são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, destacadamente sob a perspectiva constitucional.

Para tanto, cabe introduzir a temática do conflito de tratados *versus* direito interno brasileiro já indicando o posicionamento de maior parte da doutrina, bem como do STF: a solução encontra-se no princípio da anterioridade, em que prevaleceria a última norma lançada no ordenamento jurídico. O posicionamento da Corte brasileira no mérito foi esclarecido com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, excetuando-se deste entendimento os tratados que referenciam direitos humanos (regulamentados pela EC 45/04) e de tratados de âmbito tributário, que possuem regulamentação específica pelo art. 98 do CTN (ROSA, 2011, p. 78).

O RE nº 80.004 remete à discussão acerca da Convenção de Genebra de 1930 contraposta com decreto-lei n. 427/69, na qual a primeira dispensava o registro para dar validade a uma nota promissória, que seria pré-requisito essencial na letra do decreto-lei mencionado. Nesta decisão, o STF decidiu que no conflito entre norma interna e externa, a prevalência seria da norma posterior (SILVA, 2010, p. 105), garantindo aos tratados, portanto, qualidade de lei infraconstitucional.

Em caso de disposições contrárias em tratado internalizado posteriormente à lei ordinária, o tratado não teria o condão de revogá-la, mas somente afastaria sua aplicação. Todavia, para que uma lei afaste a aplicação de um tratado, é necessário que seja editada por meio do modelo adequado – lei ordinária legislando sobre

matéria que dispense a edição de lei complementar, por exemplo. Caso o tratado conflite com uma norma constitucional, o tratado não produz efeitos, mas não exonera o Brasil de responsabilização na esfera internacional (VARELLA, 2011, p. 90).

Sendo essa a regra geral, ressalte-se que o STF já reconheceu a existência de exceções, como tratados em matéria tributária, que seguem as disposições do art. 98 do CTN<sup>3</sup>, bem como conflitos com normas internacionais em matéria de extradição, devido à especificidade de tratado posterior que tratava do tema. Em ambos os casos, foi necessária uma distinção entre tratados-contrato e tratados-lei, na medida em que conferiram aos primeiros natureza de especialidade, ao versarem sobre obrigações recíprocas com um país determinado, motivo pelo qual mereceriam grau de supremacia dentro do direito interno e justificaria a aplicação do princípio *Lex specialis derogat generali* (LUPI, 2011, p. 30).

A exceção de maior destaque e de maior relevância para os fins deste trabalho é a elevação dos tratados de direitos humanos a um nível superior que normas meramente ordinária – de supralegalidade - que será detalhado a seguir.

Diante dos casos em destaque, nota-se que a jurisprudência brasileira adotou padrões hierárquicos distintos, de acordo com a matéria em destaque. Seria uma hierarquia variável *ratione materiae*: garantias inseridas nos tratados relativos a direitos humanos estariam integrados à Constituição Federal – devido à introdução da EC 45/2004 - , tratados em matéria tributária estão acima do patamar das leis ordinárias e tratados gerais equiparam-se à elas (LUPI, 2011, p. 34).

A regra geral, ainda aplicada pelo STF em seus julgamentos – equiparação de tratado à lei ordinária – parece representar um retrocesso, devido à violação a Convenção de Viena no tocante à impossibilidade de descumprimento de tratado por motivo de norma interna superveniente. A teoria da Suprema Corte brasileira é indiferente à eventual responsabilização que a suspensão da aplicabilidade de normas de tratados possa ensejar, no cenário internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 56).

---

3 “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Registre-se que a doutrina tributária não é pacífica quanto a essa disposição.

## **2.2.1 A incorporação de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**

Após o início do processo de redemocratização brasileira, o Brasil passou a ratificar importantes documentos que compõem o sistema internacional de direitos humanos<sup>4</sup>, indicando que há uma relação próxima entre a redemocratização e de processo de efetivação da proteção aos direitos humanos, posto que (PIOVESAN, 2005, p.68):

Se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, por meio da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado.

A perspectiva de fortalecimento dos direitos humanos no Brasil motivou um acalorado debate acerca da hierarquização dos tratados de proteção aos direitos humanos, sob à luz do art. 5º, §2º da CF/88, que dispõe:

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.

Essa disposição do diploma constitucional pátrio gerou uma convicção em parcela da doutrina de que direitos e garantias previstos em tratados sobre direitos humanos são equivalentes aos assegurados pela constituição, contrapondo o recorrente entendimento de que tratados teriam o mesmo valor normativo que a legislação infraconstitucional (DALLARI, 2005, p. 87), defendido pelo STF até recente mudança de posicionamento. Para os doutrinadores humanistas, essa disposição criaria três categorias de direitos fundamentais: expressos na CF/88, direitos implícitos, consequência do regime e dos princípios da CF/88 e direitos expressos em tratados

---

<sup>4</sup> Após 1988, o Brasil ratificou os seguintes diplomas: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20.07.1989); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28.09.1989); Convenção sobre os Direitos da Criança (24.09.1990); Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (24.01.1992); Convenção Americana de Direitos Humanos (25.09.1992); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27.11.1995); Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13.08.1996); Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (21.08.1996); Estatuto de Roma (20.06.2002); Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (28.06.2002); dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, sobre envolvimento das crianças em conflitos armados e sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil (27.01.2004 e 07.03.2004); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (09.07.2008) e assinou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (06.02.2007). Além do reconhecimento da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dezembro de 1998.

de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, esses últimos elevados à essa natureza pela realização de uma interpretação sistemática e teleológica da CF/88 (PIOVESAN, 2010, p. 51).

A introdução da EC 45/04 garantiu o *status* constitucional aos tratados de direitos humanos ao inserir o §3º do art. 5º na Constituição Federal:

§ 3º 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.

Admite-se, então, a distinção dos tratados em ao menos duas espécies, com a finalidade de hierarquizar e o procedimento a ser seguido para que seja feita a internalização desses tratados no sistema brasileiro: atos internacionais com possibilidade de ascender ao bloco de normas constitucionais mediante processo de aprovação adequado, e diplomas internacionais de caráter infraconstitucional, enquanto dispõem sobre normas gerais (FRANCISCO, 2005, p. 102). Portanto essa diferenciação de regime traria ao ordenamento brasileiro um sistema misto, uma combinação de regimes jurídicos diferenciados (PIOVESAN, 2005, p.71).

A discussão acerca de tratados de direitos humanos aprovados mediante o *quórum* exigido pelo art. 5º, §3º suscita debates na doutrina, acerca de aspectos positivos e negativos, ainda sem pacificação jurisprudencial.

Para alguns, a imposição de um sistema de aprovação legislativa seria uma reforma em prejuízo para os direitos humanos, e assim, inconstitucional. Porque passível de aprovação por meio exclusivo de *quórum* qualificado, restaria imposto um óbice à incorporação de tratados de direitos humanos no Brasil, dificultando seu procedimento, e que a não aprovação acarretaria um *status* de lei ordinária (SARLET, 2010, p. 78). Para alguns, a reforma traria mais prejuízos, pois, se a aprovação de tratados de direitos humanos estiver exclusivamente condicionada ao processo do §3º, a norma mais vantajosa que antes poderia ter, ao menos, caráter de lei ordinária, não seria nem incorporada ao ordenamento brasileiro, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio de prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (BORGES, 2011, p. 109). A razoabilidade parece apontar para a facultatividade de submissão ao processo de aprovação do §3º, para que não restasse em dispositivo inconstitucional (SARLET, 2010, p. 79).

Em se considerando, todavia, que não há somente essa via legislativa para esses tratados, a doutrina ainda discute a quem caberia a decisão acerca de qual procedimento para aprovação – se sob *quórum* especial ou não - deveria ser adotado (BORGES, 2011, p. 109), ensejando uma ampla divergência doutrinária. André de Carvalho Ramos (2012c, p. 240) leciona que o Executivo recomendaria a submissão ao procedimento, mas caberia ao Congresso determinar em caráter final, enquanto Valério Mazzuoli (2012, p. 849) fundamenta que o dispositivo autoriza o Congresso Nacional a adotar esse procedimento quando lhe for conveniente, mas optando pelo processo legislativo de lei ordinária se preferir.

Outra discussão que se apresenta é a ascensão de tratados em matéria de direitos humanos ao “bloco de constitucionalidade” – reunião de diplomas normativos de cunho constitucional – que possuem um papel de referência para o controle de constitucionalidade das leis, posição esta mais avançada que a adotada pelo STF. Esse debate não prejudica ao debate doutrinário que já garantia a condição de norma constitucionalmente material aos tratados de direitos humanos (devido ao §2º do art. 5º), e que, *per si*, já constituiriam o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2005); (RAMOS, 2012b); (SARLET, 2010); (VASCONCELOS, 2012, p. 183).

Importante notar o argumento que a incorporação por meio desse procedimento apresentaria um reforço à impossibilidade de denúncia de tratados de direitos humanos por parte do Brasil, fortalecendo “a posição dos direitos humanos, e agora, também fundamentais no âmbito interno”, enfatizando o compromisso do Brasil com obrigações assumidas na seara internacional (SARLET, 2010, p. 81).

Para não ensejar em delongas desnecessárias no tema, optou-se por traçar um panorama superficial das discussões trazidas para o âmbito doutrinário. Não obstante sua importância dentro do direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro, possui valor acessório para desenvolvimento do presente trabalho. Todavia, é essencial que se explore a discussão acerca da natureza normativa dos tratados recepcionados pré EC 45/2004.

Parte da doutrina brasileira entende que os tratados foram recepcionados como leis federais, enquanto que uma segunda parcela, que confere maior importância às normas que versem sobre direitos humanos, subdivide-se entre aqueles que entendem que a infraconstitucionalidade não destitui o caráter supralegal das disposições, e aqueles que entendem que essas previsões possuem caráter

constitucional. Por uma terceira via, autores mais humanistas compreendem os tratados de direitos humanos como normas supraconstitucionais (GUIMARÃES, 2009, p. 135).

A parcela que preconiza que todos os tratados de direitos humanos não submetidos ao procedimento legislativo previsto por essa emenda mantém *status* de lei ordinária, fundamentam seu posicionamento argumentando que embora haja compatibilidade material, o procedimento legislativo para aprovação é distinto, e não é possível garantir força de norma constitucional a um texto legal aprovado por meio de *quórum* simples (SARLET, 2010, p. 75). Essa seria, portanto, a regra geral, e de maior aceitação entre os doutrinadores (GUIMARÃES, 2009, p. 135). Para aqueles que entendem os tratados enquanto leis ordinárias, os tratados que versam sobre direitos humanos não teria natureza diferenciada; o conteúdo protetivo não modifica o seu posicionamento hierárquico por não merecer tutela diferenciada.

A segunda parte da doutrina entende de forma que deve ser aplicado o “princípio da máxima efetividade, lógica da recepção constitucional e ainda da interpretação sistemática da Emenda Constitucional 45” (FRANCISCO, 2005, p.103). Entende-se que os tratados de direito internacional que tratem de temas gerais se revestem de caráter supralegal dentro do direito brasileiro, justificado pela falta de força normativa para taxá-los de constitucional. O princípio do *pacta sunt servanda*, que vincula o Brasil ao cumprimento de todos os tratados ratificados, lhes confere caráter supralegal. Isso porque, caso esses documentos recebessem *status* de simples normas ordinárias, se sujeitariam a eventual revogação por lei posterior de mesma hierarquia (GUIMARÃES, 2009, p. 137), desrespeitando um compromisso internacional, arriscando a imagem do Brasil diante de outros países.

Com o intuito de preservar um teor constitucional a normas pré EC 45/04, parte da doutrina entende que todos os diplomas internacionais que versarem sobre direitos humanos tem natureza constitucional: todas as normas externas tratativas desse tema são materialmente constitucionais, independentemente de seu *quórum* para aprovação. É dizer, o atendimento ao *quórum* somente ratifica a natureza constitucional, atribuindo, àqueles aprovados de acordo com o procedimento legislativo, uma natureza não só material, mas também formal. Em suma, haveria duas categorias de tratados de direitos humanos: a) materialmente constitucionais; e b) material e formalmente constitucionais (PIOVESAN, 2005, p. 72). Flávia Piovesan

(2005, p. 73) então propõe que essa natureza vincula o ato de denúncia de tratados:

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucionais, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.

A última posição doutrinária que merece observação é a que defende a suprema primazia da norma internacional diante do ordenamento jurídico interno das nações, mesmo se sobre as constituições. Para esta corrente, a matéria do tratado é absolutamente indiferente, seja tratamento de direitos humanos, cooperação financeira ou tecnológica. Para estes, é plausível a existência de um *jus cogens* internacional em que todos os princípios apresentem força obrigatória a todos seus destinatários, acima de quaisquer legislações internas, constitucional ou não. A Constituição holandesa se encaixa nessa corrente teórica, no passo em que eleva normas internacionais à supraconstitucionalidade (GUIMARÃES, 2009, p. 138).

Até recentemente, o STF equiparava tratados de direitos humanos à leis ordinárias, demonstrando um anacronismo em relação às disposições constitucionais protetivas aos direitos humanos. Todavia, o julgamento em conjunto do *Habeas Corpus* 87.585-8/TO e nº 92.566 e do Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, significou o reposicionamento da Suprema Corte brasileira quando analisando o tema da prisão civil do depositário infiel. Neste julgamento, a Corte se dividiu entre a constitucionalidade e a suprallegalidade dos tratados que versem acerca de direitos humanos.

O ministro Celso de Mello utilizou-se do argumento da máxima efetividade constitucional para rever seu posicionamento anterior, com vistas a proporcionar efetividade ao sistema de proteção de direitos humanos, reconheceu o primado de tratados de direitos humanos sobre a legislação ordinária brasileira.

O ministro fundamentou-se nas doutrinas de Francisco Rezek, Celso Lafer, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, afirmando que aceitar o caráter subordinante dos tratados de direitos humanos é fundamental para dar efetividade ao sistema de



proteção aos direitos humanos, reconhecendo o indiscutível primado dessas convenções sobre o direito interno (STF, 2013b).

Restou enunciado no voto a existência de três categorias de tratados de direitos humanos: a) tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil anteriores à CF/88, recepcionados pelo art. 5º, §2º da CF/88, e, portanto, dotados de índole constitucional; b) tratados de direitos humanos aos quais o Brasil venham aderir após a EC 45/2004, que adquirem a índole constitucional ao se submeterem ao procedimento legislativo do art.5º, §3º da CF/88 e c) tratados de direitos humanos que o Brasil aderiu entre a promulgação da CF/88 e antes da EC 45/2004 que possuem caráter materialmente constitucional, ascendendo ao bloco de constitucionalidade (STF, 2013b). O posicionamento do ministro foi seguido por Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

Em voto diverso, o ministro Gilmar Mendes argumentou pela supralegalidade das leis, e seguido pela maioria, foi o voto vencedor. O ministro indicou em seu voto no RE nº466.343/SP que a EC 45/04 demonstrava a insuficiência da corrente que equiparava tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Para o ministro, a tese da ordinariade dos tratados possibilita ao Estado o descumprimento unilateral de obrigações adquiridas no âmbito internacional, contrariando disposições da Convenção de Viena de 1969, especificamente o art. 27 do texto legal (STF, 2013c).

O ministro esclareceu em seu voto que não é possível olvidar-se que existe hoje um “Estado Constitucional Cooperativo”, conforme preleciona Peter Härberle. Diante dessa perspectiva, o Estado não pode mais ser “voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros da comunidade” (STF, 2013c). Dessa forma, considerou que a jurisprudência do STF deveria ser revisitada de forma crítica, oportunizando a conformação do ordenamento jurídico brasileiro ao contexto contemporâneo.

Assim, para o min. Gilmar Mendes, o caráter de supralegalidade da lei pareceria mais apropriado, porque acima da legislação ordinária, não seria passível de simples revogação por norma posterior; todavia, não gozaria de natureza de norma constitucional. Desta forma, os tratados de direitos humanos gozariam de *status* privilegiado no sistema jurídico brasileiro, porque equipará-los à legislação ordinária seria uma afronta a seu valor especial dentro do contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa posição do STF representou uma mudança no que tange a validade de leis no país, posto que a compatibilidade com a Constituição deve ser observada em conjunto com as disposições das convenções de direitos humanos das quais o Brasil for parte. Esse controle de convencionalidade, que será objeto de estudo a seguir, se torna necessário para que nenhuma lei interna viole tratados de direitos humanos, que com *status* supralegal, adquirem um novo papel no ordenamento brasileiro (BORGES, 2011, p. 125).

Feita esta exposição, é digno de nota o posicionamento do professor Thiago Borges na questão de incorporação dos tratados. Para o autor (2011), a discussão doutrinária versa sobre o tema diante de uma perspectiva equivocada, posto que não se trata de uma questão de hierarquia das normas e tratados, mas dos efeitos que estes exercem dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro desta perspectiva, os tratados estariam em uma esfera apartada do ordenamento jurídico, adentrando no sistema brasileiro mediante decreto presidencial, que possui *status* infraconstitucional. Não obstante, explica o professor, a vinculação a um tratado gera um importante efeito, qual seja, o compromisso de não editar leis que conflitem com as disposições daquele enquanto estiver vigente. Seria a representação da obrigação de não fazer, consequência da cooperação internacional e da boa-fé das relações internacionais. Assim, não há que discutir a validade da lei interna em face de norma internacional conflitante, mas a capacidade desta em gerar efeitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste mesmo sentido, Alberto Xavier (2010, p. 86) entende que o Brasil assume o dever de conformar sua ordem interna com o direito convencional ao garantir constitucionalmente a entrada em vigor de direitos e garantias previstos por tratados, assim, se comprometeria a não emitir leis infraconstitucionais contrárias a estes diplomas internacionais. Isso porque, continua o autor, indica o art.5º, §2º da CF/88 que os direitos e garantias constitucionais “não excluem” os direitos e garantias dos tratados, ou seja, que estes tem capacidade para criar normas com *status* de direitos e garantias, assim, a observação destas disposições pela legislação ordinária é obrigatória, já que os tratados objetivam a criação de mecanismos para proteger interesses essenciais do cidadão.

Dessa forma, condicionar-se-ia a aplicação do *Lex posterior derogat Lex priori* à denúncia do tratado para possibilitar a edição de leis contrárias às disposições deste. Conforme pondera (BORGES, 2011, p. 115),

Nada mais incoerente que assumir um compromisso internacional de fazer vigorar certa norma no seu âmbito interno e adotar uma lei posterior que revogue esta norma, sem antes se retirar da relação internacional em questão.

Assim, a discussão não se trata de uma perspectiva no campo da validade, não devendo se discutir se uma norma ordinária viola ou não um tratado com *status* supralegal ou constitucional, mas a suspensão dos efeitos da lei contrária até que ocorra a denúncia do tratado e a desvinculação do compromisso internacional (BORGES, 2011, p. 116).

Todavia, o professor Thiago Borges reconhece que se trata de uma posição minoritária na doutrina. Em todo caso, impende-se a análise da hierarquia dos tratados. Isso porque, como exposto, o entendimento do STF é pelo caráter supralegislativo dos tratados, que é, de fato, uma superioridade hierárquica destes, que se encontram em posição intermediária, entre a lei ordinária e a lei constitucional (XAVIER, 2010, p. 88).

Assim, deve ser feita uma análise da teoria da convencionalidade, suscitada por este tribunal.

### **2.2.2 Controle de convencionalidade**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado frequentemente o controle de convencionalidade em seus julgados como uma forma de garantir a efetivação das normas de proteção aos direitos humanos presente em tratados do sistema interamericano, dentro do sistema interno de cada Estado-parte. O controle, utilizado também no âmbito consultivo, é resultado de ativismo judicial, baseando-se em um parâmetro “mínimo” criado pelos tribunais internacionais, composto pelo *corpus iuris* regional (na América, Convenção Americana, protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte interamericana). Esse parâmetro mínimo deve ser observado com maior obrigatoriedade pelos Estados que reconheceram a jurisdição contenciosa das Cortes (MAC-GREGOR, 2011, p. 532).

O controle de convencionalidade é um novo dispositivo jurídico, que fiscaliza leis infraconstitucionais e possibilita um duplo controle vertical do conteúdo das normas de um país; é dizer, as normas não devem ser compatíveis somente com o teor da constituição (controle de constitucionalidade) do país, mas também com os tratados ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade) (GUERRA, 2012a, p. 359-360). Os dois tipos de controle devem se complementar, possuírem papéis coadjuvantes, e nunca atuarem de modo subsidiário (MAZZUOLI, 2009, p. 109).

A Corte Interamericana fundamenta o controle em três argumentos-base: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais (por parte dos Estados que se comprometeram a cumprir o Pacto de San José e a se submeter à jurisdição da Corte) e a inevitável obrigação de cumprir com o tratado ratificado (*pacta sunt servanda*); o princípio do *effet utile* dos convênios, cuja eficácia não pode ser afastada pelas normas ou práticas do Estado e pelo princípio internacionalista, que impede a alegação de direito interno para eximir-se das obrigações contraídas, depreendido da leitura do artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 (SAGÜÉS, 2013, 384). O conceito foi utilizado pela primeira vez na Corte no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* em 2006; no Brasil, a tese foi introduzida por Valério Mazzuoli em 2008, e encontrou nele um grande defensor de sua aplicação.

Saliente-se que o controle de convencionalidade não é exclusivo ao sistema interamericano. Por se tratar de um controle jurídico e jurisdicional concreto no plano internacional, permite a fiscalização da conduta dos Estados e de seus agentes, e de eventual falta de coerência entre os atos destes e determinações de norma jurídica ou convenção internacional. Para citar exemplos, observa-se a aplicação do instituto também pela Corte Internacional de Justiça, Tribunal Internacional do Mar, Corte Européia de Direitos Humanos, entre outros (JUÁREZ, 2013, p. 51).

Ernesto Reis Cantor (*apud* GUERRA, 2012a) defende a existência do controle de convencionalidade em dois níveis: no âmbito doméstico e no internacional. Para o autor, o controle internacional seria um mecanismo processual da Corte Interamericana para verificar se o direito interno está em desacordo com alguma disposição da Convenção diante de uma análise de um caso concreto. Assim, através de uma sentença judicial, se estabeleceria o alcance e o sentido das disposições convencionais, além de determinar ao Estado-parte a modificação,

supressão ou derrogação da norma de direito interno e/ou práticas de agentes estatais que se comprovem contrárias aos atributos e garantias de direitos humanos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e de convenções complementares do sistema (ALCALÁ, 2012, p. 1168). Haveria, portanto, o reconhecimento da força normativa convencional, que se estende a todos os critérios jurisprudenciais emitidos pelo órgão internacional interpretante (MAC-GREGOR, 2012, p. 562).

No controle de âmbito doméstico, os juízes teriam competência para analisar, dentro de um caso concreto, se há qualquer violação material às convenções de direitos humanos. Em caso positivo, deveria haver uma conformação da que deve ser proferida no sentido da proteção irrestrita dos direitos salvaguardados. Este seria um controle de convencionalidade difuso, e aplicável de acordo com o caso sob análise (GUERRA, 2012a, p. 361), um controle *a posteriori* em concreto (LAMOTE, 2007, p. 16). O controle assim demonstrado seria uma nova manifestação da “constitucionalização”, ou “nacionalização” do direito internacional (MAC-GREGOR, 2012, p. 562).

No caso *Almonacid Arellano (e outros) vs. Chile*, a Corte se manifestou neste sentido, conforme trecho:

A Corte tem consciência de que os juízes e cortes domésticos estão sujeitos ao respeito ao império da lei, e, portanto, estão obrigados a aplicar as provisões vigentes dentro do ordenamento jurídico. Todavia, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão vinculados por tal Convenção, o que os obriga a velar para que todos os efeitos das disposições existentes na Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seus propósitos e que não tenham possuído qualquer efeitos jurídicos desde sua origem. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as provisões de normas internas aplicáveis a casos específicos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Para realizar esta tarefa, o Judiciário não deve considerar somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito, intérprete última da Convenção Americana. (Tradução Livre)<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention

Admitindo-se, portanto, a possibilidade de juízes nacionais realizarem o controle de convencionalidade com vistas a submeter normas internas ao duplo controle vertical material, Valério Mazzuoli desenvolveu a teoria no Brasil.

Inicialmente, ressalte-se que o autor afilia-se à corrente que atribui caráter constitucional a todo tratado de direito internacional, independentemente do seu *quórum* de aprovação, restando aos tratados de matéria comum o teor supralegal. Dessa forma, o caráter hierarquicamente superior de todos os tratados impossibilitaria uma derrogação ocasionada por lei ordinária posterior (MAZZUOLI, 2009, p. 94).

Na perspectiva do autor, o controle material de conteúdo das leis internas é necessário para determinar a validade das leis internas, e deve ocorrer de cinco diferentes formas: a) controle constitucional; b) controle de convencionalidade difuso; c) controle de convencionalidade concentrado; d) controle de supralegalidade e e) controle de legalidade.

O controle de constitucionalidade é direcionado para leis internas antinômicas ao texto da CF/88, que podem se submeter ao controle por via difusa ou concentrada. Os controles de convencionalidade difuso e concentrado seriam, portanto, as vias adequadas para analisar a validade de leis em antinomia com tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que todas possuem caráter constitucional similar, independente do *quórum* de aprovação ao qual se submeteram. Por sua vez, o controle de supralegalidade objetiva a análise da compatibilidade entre o conteúdo de uma norma com as disposições de tratados gerais, enquanto que o controle de legalidade tem como paradigma normas ordinárias (compatibilizando decreto em face de lei, por exemplo) (MAZZUOLI, 2009).

Neste sentido, os controles de convencionalidade e de supralegalidade não se restringem aos tribunais internacionais, mas devem ser exercidos por tribunais internos para adaptar ou conformar atos e leis domésticas com obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Assim, o controle difuso de convencionalidade (e supralegalidade) não requer qualquer autorização por tribunal internacional e pode ser realizado, diante de um caso concreto, por um juiz ou tribunal, que deve manifestar-se a respeito de uma eventual antinomia suscitada entre a norma e o tratado. O controle concentrado de convencionalidade, em

formato similar ao controle de constitucionalidade, seria cabível somente para tratados de direitos humanos aprovados pelo *quórum* especial do art. 5º, §3º da CF/88, equivalentes, portanto, a emenda constitucional (MAZZUOLI, 2009, p. 112), possibilitando o ajuizamento de ações como ADIn, ADECON e ADPF.

Para Mazzuoli (2009, p. 114) o controle de convencionalidade apresenta uma faceta mais ampla em relação ao controle de constitucionalidade, vez que este só pode ser exercido por tribunais internos, enquanto aquele tem uma amplitude destacada, por ser exercido também por tribunais internacionais.

Resume Mazzuoli (2009, p. 127):

Daí pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados com *quórum* qualificado passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*. Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quórum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Se o controle concentrado de convencionalidade é feito perante o STF por via de ação direta, o controle difuso de convencionalidade deve ser levantando, nos casos concretos *sub judice*, como questão preliminar, devendo o juiz da causa (tal como faz no controle difuso de constitucionalidade) analisar essa matéria antes do mérito do pedido principal. Neste caso, o juiz declara a incompatibilidade entre a lei e o tratado internacional de direitos humanos e, *ipso facto*, nega aplicação àquela, considerando-a inválida para reger a questão jurídica a seu julgamento.

A teoria desenvolvida pelo autor se adequa à tese que admite o caráter constitucional aos tratados de direitos humanos independentemente do processo legislativo adotado para sua aprovação, qual seja, a teoria adotada pelo min. Celso de Mello no STF, vencida pela tese do min. Gilmar Mendes, que reconhece apenas *status* supralegal a esses tratados específicos.

Luiz Flávio Gomes (MAZZUOLI, 2009, prefácio) faz uma releitura dessa teoria e a adapta ao atual convencimento do STF. O autor apresenta o controle de supralegalidade como sinônimo do controle de convencionalidade, na medida em que o STF reconhece natureza supralegal a qualquer convenção internacional que verse sobre direitos humanos não aprovados por meio do *quórum* especial do art. 5º, §3º. Dessa forma, o controle de supralegalidade teria como paradigma todo e qualquer tratado de direitos humanos, independente do *quórum* de aprovação.

Assim, haveria somente quatro tipos de controle: de convencionalidade (sinônimo de supralegalidade) difuso e concentrado, de legalidade (com vistas a evitar antinomias entre uma lei e um decreto, por exemplo) e de constitucionalidade (para analisar

ofensa de lei à CF). Luiz Flávio Gomes avalia, portanto, que a diferença entre o entendimento do STF e de Mazzuoli encontra-se somente no “tom” utilizado, na medida em que este está um patamar acima, em um “tom” maior (MAZZUOLI, 2009, prefácio).

André de Carvalho Ramos (2012c, p. 250), por sua vez, avalia que o único controle de convencionalidade dotado de autenticidade é aquele exercido pelo tribunal internacional, por se tratar do intérprete “autêntico”, e os controles nacionais de conteúdo de normas se restringem ao controle de legalidade, de constitucionalidade e o de suprallegalidade.

A maior distinção entre o controle internacional e o nacional, para o autor, é a hierarquia do paradigma de confronto, na medida em que aquele preserva a primazia do Direito Internacional, e, como consequência, utiliza como referência normas internacionais, em geral, tratados. Nesta perspectiva, até mesmo o Poder Constituinte Originário se submeteria ao controle dos tribunais internacionais, tendo em vista a superioridade dos tratados (RAMOS, 2012c, p. 251). No controle nacional, quem estabelece a hierarquia do tratado-parâmetro é o próprio ordenamento interno, que, no caso brasileiro, é somente suprallegal, ou, em último caso, equiparado a lei ordinária (RAMOS, 2012c, p. 251).

Aponta ainda como característica distinta entre os controles internacional e interno a divergência entre as interpretações de compatibilidade e incompatibilidade de normas domésticas e tratados, na medida em que tribunais internos se apóiam em normas de tratados sem “sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais” (RAMOS, 2012c, p. 251). Dessa forma, o controle “nacional” nem sempre resulta em “preservação dos comandos interpretados das normas paramétricas contidas nos tratados” (RAMOS, 2012c, p. 251). Assim, continua o autor, haveria uma desvalorização da ideia de primazia dos tratados intrínseca à noção do controle de convencionalidade. Por isso, para Ramos (2012c, p. 252), embora o controle nacional seja importante, principalmente caso a hierarquia conferida internamente aos tratados tenha natureza constitucional ou supraconstitucional, a possibilidade de interpretações divergentes será sempre uma fissura aberta entre os controles judiciais nacionais e internacional.

Nesta toada, Maria Carmelina Lázaro (2010, p. 811) admite os riscos de uma fórmula genérica de controle convencionalidade difuso, destacadamente a



fragmentação jurisprudencial, derivada de possível abuso de um dito controle exercido por quem acreditar ser competente para interpretar a Convenção, representando uma afronta direta ao conceito deste mecanismo jurídico, que busca a unidade e a integração.

Todavia, a autora (LÁZARO, 2010, p. 811) apresenta algumas condições para que se evite “fissuras”, quais sejam: a) os juízes internos só poderão deixar de aplicar uma norma do ordenamento doméstico que seja manifestamente contrária à Convenção. Essa qualidade de norma manifestamente ilegal importa pela necessidade de condicionar o exercício legítimo desta faculdade (o controle); b) é necessário que a corte tenha reconhecido um padrão internacional obrigatório e com efeitos gerais, consistente com sua jurisprudência e razoável, ou seja, legitimamente inferido do texto convencional; c) a função jurisdicional em si mesma deve observar as formas e competências existentes no ordenamento nacional, sempre e quando este mesmo estatuto normativo respeite as garantias do devido processo legal e da dupla jurisdição, é dizer, que não sejam manifestadamente contrárias a estas garantias.

Conforme se observa, não há uma tentativa de criar mecanismos para conformar os sistemas de controle de constitucionalidade internos para que se aplique o sistema de controle de convencionalidade. Em verdade, intenta-se a aplicação deste controle inovador em qualquer um dos sistemas adotados (difuso, concentrado ou misto), se tornando, dessa forma, uma obrigação de todos os juízes para que analisem este requisito de ofício, dentro de sua competência e regras processuais (MAC-GREGOR, 2012, p. 535).

Dessa forma, para a aplicação do instituto jurídico, não importa a hierarquia do tratado no ordenamento, se superior somente às leis ou também às constituições, porque o intuito final é estender a proteção ilimitada aos direitos humanos. A declaração de convencionalidade está vinculada, a uma possibilidade concreta de proteção mais efetiva ou de restrições menos profundas à essa proteção (CONCI, 2012, p. 47).

## 2.3 A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL

A Segunda Guerra Mundial ficou registrada na história como uma síntese de atrocidades que podem ser impostos sobre a pessoa humana. O conflito é descrito como uma “violação humana sem precedentes” (GUERRA, 2012, p. 385), “período de horrores” (MAZZUOLI, 2012, p. 829), responsável pelo regime internacional de proteção aos direitos humanos devido às atrocidades perpetradas neste período (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 479).

A série de violações impulsionaram, portanto, a necessidade de mecanismos para garantir a proteção aos direitos humanos. Criou-se, então, o Direito Internacional de Direitos Humanos, com o objetivo de proteger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou do local aonde se encontre (MAZZUOLI, 2012, p. 831).

Desde meados do século XIX, os direitos humanos foram objeto de proteção do Direito Internacional, porém, o fim da Guerra motivou a reunião de Estados com o fim comum de implementar um sistema efetivo de proteção a estes. Este encontro culminou na criação na Organização das Nações Unidas, por meio da Carta de São Francisco de 1945. Este documento representou o início do processo de proteção universal desses direitos (PINHEIRO, 2001, p. 56). A carta trouxe em seu bojo uma série de disposições relativas à dignidade da pessoa humana, demonstrando o ânimo dos 51 Estados-fundadores, de garantir e efetivar a proteção aos direitos humanos, ainda frágil, no contexto pós-guerra.

O artigo 55 da Carta prevê uma cooperação internacional específica com a finalidade de difundir e promover a garantia de direitos como níveis mais altos de vida, trabalho, solução de problemas sociais, respeito universal e efetivo dos direitos humanos, entre outros (ONU, 2013a). Para concretizar as disposições desse artigo, atribuiu-se à recém criada Comissão de Direitos Humanos um planejamento dividido em três momentos. O primeiro momento seria a elaboração uma declaração de direitos humanos que contivesse toda a disposição do artigo 55 da Carta da ONU. Como segunda etapa, seria necessário construir um documento que possuísse uma vinculação maior que uma mera declaração. E, por fim, a terceira fase, a construção

de mecanismos que pudessem assegurar a observância e o respeito a todas as previsões desse sistema de direitos humanos (COMPARATO, 2013).

A Declaração Universal de Direitos Humanos é o resultado dos trabalhos da primeira etapa da Comissão de Direitos Humanos, enquanto que os dois Pactos de 1966 sobre Direitos Civis e Políticos, e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são a expressão do trabalho da segunda etapa. A terceira etapa ainda está em construção, na busca da criação de sistemas capazes assegurar a aplicação do sistema de direitos humanos (COMPARATO, 2013, p. 236).

A Declaração de 1948 não foi somente um mecanismo jurídico encontrado pela comunidade internacional para apontar os direitos essenciais com a finalidade de preservar a dignidade da pessoa humana, mas ainda um “libelo” contra o totalitarismo de qualquer natureza. Suas disposições tem dois principais objetivos complementares: incrustar o respeito da dignidade da pessoa humana na consciência da comunidade internacional, bem como evitar o retorno da ideia e a prática da “descartabilidade” do indivíduo (ALMEIDA, 2007, p. 2), metas importantes na sociedade pós-Hitler.

Enquanto documento normativo, a Declaração Universal de Direitos Humanos é uma recomendação feita pela Assembleia Geral aos Estados-membros, e, por este motivo, não possui força vinculante (COMPARATO, 2013, p. 239). Todavia, seu papel como instrumento do Direito Natural não pode ser ignorado; papel este em oposição ao direito positivo, mas de um direito natural “problemático e conjectural, funcionando como uma baliza para a ordem jurídica, delimitando seu campo de atuação” (ALMEIDA, 2007, p. 9). De fato, a Declaração é vista hoje como, no mínimo, um costume internacional, se tornando, portanto, fonte de direito e, possuindo, para parte da doutrina, natureza obrigatória (JUBILUT, 2007, p. 27).

A importância da declaração e de suas disposições se sobressai ainda por, mormente sua ausência de poder vinculante, ser fonte dos diversos tratados do direito internacional dos direitos humanos que efetivamente vinculam seus Estados-parte, funcionando como complemento à Declaração de 1948. Entre estes tratados, destaque-se os já mencionados pactos internacionais de Direitos Civis e Políticos (1966) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), além da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre a

Mulher (1979), Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), os quais centralizam os esforços da ONU para que sejam assinados e ratificados por todos os Estados-membros (ALMEIDA, 2007, p. 9).

Os pactos internacionais de Direitos Civis e Políticos, e Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, tem destacada relevância, pois tratam de consolidar direitos humanos como direitos positivados internacionalmente, aumentando a proteção concedida pela Declaração de 1948. Com auxílio do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, iniciaram a implementação dos parâmetros de proteção dos direitos por eles assegurados (JUBILUT, 2007, p. 38).

A terceira onda de implementação de direitos humanos ainda está em progresso, porém é possível observar um desenvolvimento palpável nos métodos de implementação dos direitos humanos. Atualmente, o indivíduo já goza de capacidade processual para pleitear direitos no âmbito internacional, inclusive legitimado a peticionar contra seu próprio Estado. Para tanto, deve se direcionar a órgãos internacionais de supervisão competentes, criados por tratados de direitos humanos. Entre alguns exemplos, é possível citar o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 514/515).

Na tentativa de dar maior efetividade à proteção de direitos humanos, criou-se uma série de sistemas regionais, direcionados à regiões determinadas, para garantir uma tutela mais ampla e direcionada às necessidades dos indivíduos. Deve-se, então, compreendê-los de forma complementar, coexistentes, vez que convergem por diversas vezes nos direitos humanos a serem tutelados (MAZZUOLI, 2012, p. 834); (TRINDADE, 2000), mesmo possuindo, cada qual, um aparato jurídico próprio.

O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (que apresenta a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos), que será analisada à frente; o sistema europeu baseia-se na Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950 (que institui a Corte Européia de Direitos Humanos) e o sistema africano conta com a Carta Africana de Direitos Humanos (que estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos) (PIOVESAN,

2000, p. 22). Assim, se uma questão não restar solucionada no âmbito do sistema de proteção regional, com bases nestes documentos, o indivíduo possui a prerrogativa de buscar guarida no sistema global vindicando o mesmo direito, previsto em um instrumento de proteção global. Neste sentido, a recíproca é verdadeira, servindo o sistema regional para sanar quaisquer omissões que o sistema global venha a apresentar (MAZZUOLI, 2012, p. 834).

Os sistemas regionais possuem, em sua essência, o mesmo objetivo que os sistemas globais: a proteção dos seres humanos. A especialização em regimes regionais facilita a negociação de convenções, devido ao número reduzido de Estados e à raiz cultural comum, ampliando o rol de direitos humanos positivados (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 501), buscando conferir ao indivíduo a maior proteção possível (TRINDADE, 2000).

#### 2.4 SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O primeiro documento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos foi aprovado sete meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em maio de 1948, positivou diversos direitos humanos basilares, tanto de natureza civil quanto política, além de direitos econômicos, sociais e culturais (CAVALLARO; POGREBISNCHI, 2002, p. 670).

Essa declaração possuía ampla tutela dos direitos humanos de forma que não se restringiu aos direitos à vida, liberdade, igualdade, sufrágio, mas incluiu ainda direito à educação, saúde, cultura, trabalho e até mesmo à previdência social. Todavia, o primeiro tratado do sistema americano surgiu somente em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica) e teve que aguardar mais nove anos para que se realizasse as onze ratificações condicionantes da vigência (CAVALLARO; POGREBISNCHI, 2002, p. 670).

O texto da Declaração Americana merece um comentário especial em relação a seus considerandos, no trecho “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ele ser cidadão de determinado Estado, mas sim do fato de os direitos terem como base os atributos da pessoa humana” (OEA, 2013). Assim, a Declaração admitiu que o Estado não cria ou concede direitos por liberalidade, mas reconhece a existência desses direitos humanos, antecedentes à sua própria formação, e que possuem sua origem na própria condição de ser humano (JAYME, 2005, p. 65)

Além da Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o sistema regional americano de direitos humanos ainda dispõe do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) (MAZZUOLI, 2012, p. 895). O objetivo de maior valia, comum entre esses, é a obrigação de proteção aos direitos humanos, ou melhor, “direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (OEA, 2012b).

Com base nestes documentos, o sistema interamericano oferece uma dupla proteção aos direitos humanos, uma proteção geral, com fundamento na Carta e um sistema restrito àqueles que são signatários da Convenção, que possui em seu bojo a instituição da Comissão e da Corte interamericana (GUERRA, 2012, p. 342).

A sistemática internacional cuida de uma garantia extra em relação aos sistemas regionais, na medida em que institui mecanismos para responsabilização e controle internacional, que podem ser utilizados quando o Estado falha ou omite-se na tentativa de tutelar direitos e liberdades fundamentais. Ao acolher o aparato internacional, o que pressupõe as obrigações internacionais inerentes, o Estado se sujeita a uma fiscalização internacional acerca do respeito de direitos fundamentais em seu território (PIOVESAN, 2000, p. 26). Assim, a criação de diversos documentos enseja a interação entre os sistemas regionais, visando benefícios para os indivíduos que gozem de tais proteções (PIOVESAN, 2009, p. 423-4).

Com efeito, o sistema interamericano de direitos humanos apresenta-se como um mecanismo valioso para efetivamente garantir os direitos humanos no continente americano trazer, em seu bojo, dois órgãos responsáveis pelo acompanhamento da conduta do Estado e ao atribuir a um deles uma importante função jurisdicional, na

medida em que a sentença prolatada deve ser cumprida, sob pena de responsabilização política perante a OEA (GUERRA, 2012).

#### **2.4.1 O pacto de San José da Costa Rica**

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Assinada em 1969 e em vigor a partir de 1978, é limitada à acessão somente por Estados americanos, e hoje, dos trinta e cinco Estados-membros da OEA, vinte e cinco são partes da convenção (OEA, 2012c). Diante desse dado, se torna possível afirmar que o Pacto representa expressão máxima de um constitucionalismo regional (BORGES, 2011, p. 256). É ainda o principal diploma de proteção de Direitos Humanos no sistema interamericano por diferentes motivos, entre os quais a abrangência geográfica, abarcando trinta e cinco atuais signatários, pela pluralidade de direitos civis e políticos contidos no diploma, além da construção de uma estrutura de supervisão e controle de obrigações contraídas pelos Estados, contando inclusive com uma Corte de Direitos Humanos (RAMOS, 2009, p. 248).

A primeira parte do documento elenca “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”, enquanto a segunda parte descreve “Meios de alcançar a proteção” dos direitos descritos na primeira parte. A convenção prevê, ainda, o reconhecimento de direitos civis e políticos similar aos resguardados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, havendo, entre outros, a proteção ao direito à personalidade jurídica, à vida, não submissão à escravidão ou torturas, à liberdade, a um julgamento justo, à nacionalidade, à proteção judicial (OEA, 2012c). Não há qualquer menção expressa a direitos culturais, sociais ou econômicos, limitando-se a delegar aos Estados a tarefa de garantir, por meio de instrumentos legislativos, as condições adequadas para sua realização plena (PIOVESAN, 2000, p. 30).

De acordo com Thomas Buergenthal (*apud* PIOVESAN, 2000, p. 32), os Estados-partes não tem somente que salvaguardar os direitos garantidos na Convenção, mas ainda buscar mecanismos para assegurar o exercício irrestrito desses mesmos direitos. Isso seria dizer que o governo assume obrigações positivas e negativas: positiva por buscar a adoção de medidas afirmativas para assegurar o pleno

exercício dos direitos elencados na Convenção Americana, e negativas por se obrigar a não violar direitos individuais, de não torturar ou não privar de um julgamento justo.

O sistema de proteção interamericano ainda criou e desenvolveu a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para efetivar a proteção de direitos humanos, concedendo-lhes poder comum de fiscalização, contudo, atribuindo à Comissão a possibilidade de promoção desses direitos e em funções diversas, e à Corte, um poder jurisdicional, capaz de resolver litígios encaminhados pela Comissão e a possibilidade de emitir Opiniões Consultivas<sup>6</sup> (CAVALLARO; POGREBINSCH, 2002, p. 673).

A Convenção (OEA, 2012c) não tem como objetivo proteger apenas o indivíduo nacional de um ou outro Estado, mas “ter como fundamento os atributos da pessoa humana”, oportunizando condições que assegurem o proveito de direitos econômicos, sociais e culturais, além de direitos civis e políticos (BORGES, 2011. p. 255).

Se tratando do documento de maior importância do sistema, a convenção interamericana não interfere ou limita a legislação interna dos Estados-partes, pelo contrário; reconhece que possui natureza subsidiária ou coadjuvante aos respectivos direito interno (OEA, 2012c). Procura, portanto, uma ampliação desses direitos, atuando em um segundo plano.

O Brasil somente incorporou definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio de decreto presidencial em 1992. Somente seis anos depois, em 1998, foi encaminhado ao Congresso Nacional para reconhecimento pelo legislativo, aprovado no mesmo ano. Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigando-se a implementar suas decisões (RAMOS, 2009, p. 249).

---

<sup>6</sup> As funções de cada órgão serão definidas em oportunidade posterior no presente trabalho.



#### 2.4.1.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão é composta por sete membros, que representam todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e serão eleitos em Assembleia Geral para um mandato de quatro anos, com direito a uma recondução (OEA, 2012c). Deve-se ressaltar que estes deverão advir de membros signatários da referida convenção, vez que nem todos os membros da OEA são Estados-parte desta convenção (MAZZUOLI, 2012, p. 899), e sua representação refere-se ao órgão, e não ao Estado respectivo (TRINDADE, 2000, p. 111). Há, ainda, impedimento em participar da Comissão mais de um nacional de um mesmo país (JAYME, 2005, p. 71).

A Comissão Interamericana de direitos humanos foi instituída a partir da Resolução VII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em 1959 (JAYME, 2005, p. 70), e seu escopo era limitado à promoção de direitos humanos, possuindo uma posição *sui generis* no sistema regional (TRINDADE, 2000, p. 111). Posteriormente, verificada a necessidade de ampliação de sua atuação, atribuiu-se à Comissão para receber petições ou comunicações que versassem acerca de violações a direitos humanos, além do sistema de relatórios, exame de comunicações, visitas a Estados (anteriormente consentidas), preparo de estudos e seminários (TRINDADE, 2000, p. 111).

A Comissão tem uma atuação similar ao Ministério Público Brasileiro, no que tange o aspecto processual e fiscal da lei (RAMOS, 2009, p. 249), tendo como principal meta a promoção da efetiva observância e proteção dos direitos humanos, somados ainda a objetivos subsidiários que reforçam a defesa desses direitos. É possível, para a Comissão, a formulação de recomendações aos governos no sentido de adotarem, internamente, posturas que favoreçam o respeito aos direitos humanos (OEA, 2012c, art.41, *b*), além da solicitação de esclarecimentos sobre medidas que estejam sendo adotadas para cumprir as obrigações decorrentes da ratificação da Convenção (OEA, 2012c, art.41, *d*).

O exame de comunicações, atribuição da Comissão, não se restringe unicamente às formuladas pelos Estados, mas por indivíduos ou grupos destes, ou de entidades não governamentais reconhecidas por lei em um ou mais de um Estado da OEA

relacionados a desrespeito e violações a direitos humanos (MAZZUOLI, 2012, p. 900). O artigo 44 da Convenção permite a “qualquer pessoa ou grupo de pessoas (...) [podem] apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado-parte” (OEA, 2012c), ainda que não seja possível o acesso direto à Corte Interamericana (MAZZUOLI, 2012, p. 900).

Para adequação da comunicação à Comissão, contudo, há procedimentos formais que devem ser observados, como o esgotamento de recursos internos ou exceção válida a esta regra. Para proceder com o encaminhamento da petição, devem ser atendidos todos os requisitos dos arts. 44 a 47 do Pacto de San José da Costa Rica (CAVALLARO; POGREBINSCHI, 2002, p. 673). Em 2001, foi aprovado novo regulamento da Corte, que autoriza a participação do autor e de seus representantes em todas as fases do processo judicial, sendo passível de requerimento e manifestação em condição paritária com a Comissão e o Estado-réu, como um assistente-litisconsorcial do Autor (RAMOS, 2006, p. 14). Antes dessa reforma, a Comissão deveria decidir, por maioria, se ingressava com a ação contra o determinado Estado, mesmo sendo o este submisso à jurisdição da Corte, e mesmo se constatando violações a direitos humanos (RAMOS, 2009, p. 250).

Com o desenrolar do processo, sempre se oportunizará a solução amistosa entre as partes (BORGES, 2011, p. 257). Não solucionada a questão, a Comissão se encarrega em elaborar um relatório, procurando expor fatos e conclusões, encaminhando ao Estado interessado, formulando ainda proposições e recomendações que se adequem ao caso concreto, mesmo que essas recomendações não sejam vinculantes, inclusive havendo decisão da Corte neste mesmo sentido (BORGES, 2011, p. 257). Caso não verificado o cumprimento das recomendações da Comissão por parte do Estado e havendo concordância do peticionário, será iniciado um processo de litígio perante a Comissão.

Seguindo o rito dos arts. 48 a 51, o processo pode ser transferido para a Corte. Neste ponto, a Comissão deixa de ser árbitra e passa atuar como parte, perante a Corte, contra o Estado acusado de violações de direitos (CAVALLARO; POGREBINSCHI, 2002, p. 673).

Cabe ainda ressaltar que caso os Estados-membros da OEA não tenham aceitado a jurisdição da Corte Interamericana, não ficam desonerados de quaisquer obrigações assumidas ao ratificar a Carta da OEA ou a Declaração Americana dos Direitos e

Deveres do Homem. Os Estados-partes sujeitam-se, automaticamente, à competência da Comissão para analisar eventuais denúncias, sendo desnecessário qualquer expressão de consentimento para isto (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 504).

Assim, é possível a notificação da Comissão e posterior emissão de recomendações para observância de direitos humanos violados; isso porque a Comissão é órgão originário da OEA, além de órgão da Convenção Americana (MAZZUOLI, 2012, p. 903). Dessa forma, não havendo jurisdição da Corte sobre esse Estado específico, a Comissão deve acionar a Assembleia Geral da OEA (ESPIELL *apud* MAZZUOLI, 2012, p. 903).

#### 2.4.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana (CIDH) possui papel de evidência na orientação aos Estados na forma de cumprimento de normas de direitos humanos, e, também, em reprimir eventuais violações, que decorrem de obrigações assumidas no panorama internacional (DEZEM, 2011, p. 1162).

A CIDH é órgão judicial autônomo da Convenção Americana, encarregada a interpretá-la e aplicá-la, e ainda com a principal finalidade de julgar casos de eventuais violações dos direitos humanos consagrados na Convenção (TRINDADE, 2000, p. 123).

Ressalte-se que a competência do Tribunal é limitada ao escopo da proteção internacional prevista no Pacto de San José da Costa Rica, garantindo a efetivação do sistema de direitos humanos consagrado pelo tratado. Dessa forma, a Corte está limitada ao âmbito da Convenção, sem imiscuir-se em questões de direito interno. É dizer, não cabe à Corte ponderar se lei brasileira violou a CF/88, mas se está em desacordo com as obrigações internacionais pactuadas pelo Estado diante da OEA; sua competência está limitada a apontar violações processuais de direitos resguardados na Convenção e prejudicial às pessoas, não sendo possível a interferência com o direito doméstico (JAYME, 2005, p. 97).

Portanto, não é cabível à Corte atuar como órgão de apelação, determinar a cassação dos organismos jurisdicionais interno, tampouco ser atribuída a jurisdição

penal. Isso porque a Corte não atribui penas aos Estados responsabilizados por violações de direitos humanos, limitando-se apenas à proteção das vítimas e determinação de medidas que viabilizem a reparação de danos causados a estes.

Estruturalmente, o órgão é composto por sete juízes, todos nacionais dos países que compõem a OEA e eleitos na Assembleia Geral desta por um período de seus anos, sendo possível a reeleição por uma única vez (OEA, 2012c).

O tribunal goza de um caráter supranacional, é dizer, capacitada a condenar Estados-partes na Convenção Americana por violações de direitos humanos (MAZZUOLI, 2012, p. 904). A Corte ainda que não é pertencente à OEA, mas à Convenção Americana, e tem a natureza de órgão judiciário internacional contencioso, que julga casos concretos levados à ela, além de eventual natureza consultiva, quando demandada acerca de interpretação a dispositivo da Convenção ou de tratados concernentes à proteção de direitos humanos no âmbito dos Estados americanos (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 505). Ressalte-se que a competência contenciosa da Corte é facultativa e somente pode ser admitida perante Estados que aceitaram sua jurisdição ao ratificar a Convenção Americana, e em relação a violações de direitos humanos ocorridos após o consentimento do Estado (JAYME, 2005, p. 91).

Nestas condições pode ser apontado o Brasil, que ratificou a Convenção em 1992, mas aceitou a jurisdição da Corte somente em 1998 e, conforme o entendimento esposado pela Corte, restritamente a violações a direitos humanos praticadas após esse ano (MAZZUOLI, 2012, p. 905). O consentimento à submissão vincula o Estado à totalidade das disposições da Convenção Americana e confere ao Estado capacidade processual enquanto parte (JAYME, 2005, p. 90).

Neste ponto, cabe ressaltar a jurisprudência da Corte sobre processos que versem acerca de crimes permanentes, como o desaparecimento forçado de pessoas.

De acordo com o julgado Blake (CORTE, 2013c), a Guatemala foi responsabilizada pelo desaparecimento de Nicholas Blake, desaparecido em 1985. Embora a Guatemala tenha reconhecido a jurisdição da Corte somente em 1987, a Corte entendeu que o ato violador da Convenção – o desaparecimento forçado - perdurou até a descoberta dos restos mortais da vítima, em 1992. Assim, o Tribunal julgou ser

competente para processar e sentenciar o Estado com base nos efeitos, conduta e atos que ocorreram após o reconhecimento de jurisdição<sup>7</sup>.

Assim, embora os Estados-parte estejam sujeitos ao processamento por fatos ocorridos somente após à adesão e reconhecimento de jurisdição da Corte interamericana, a jurisprudência já é pacífica no sentido de que crimes permanentes geram efeitos posteriores, passíveis de apreciação pelo órgão<sup>8</sup>.

Ultrapassado este ponto, o regulamento da Corte prevê que os únicos legitimados a levar casos perante a Corte são Estados-partes e a Comissão Interamericana (OEA, 2012c), sendo cumpridos todos os requisitos de admissibilidade elencados nos arts. 48 e 50 da Convenção.

A sentença da Corte tem caráter definitivo, e ainda, não é passível de apelação, sendo possível, contudo, em caso de eventuais discordâncias interpretativas ou de alcance, a reinterpretação pelo órgão, se solicitada pelas partes dentro de um prazo de noventa dias a partir da ciência da sentença, como uma espécie de embargos de declaração do Direito Brasileiro (BORGES, 2011, p. 259).

Os arts. 52 e 63 da Convenção preveem que a sentença da Corte deve estabelecer a reparação devida, inclusive a mensuração pecuniária da indenização, além de determinar o gozo do direito controvertido. (RAMOS, 2012b, p. 235).

No sistema interamericano há ainda a obrigatoriedade em cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme previsão do artigo 68.1 desta; essa previsão se contrapõe com o sistema europeu, que possibilita a transformação da responsabilização em indenização pecuniária caso a sentença conflite com norma interna (RAMOS, 2009, p. 251). Dessa forma, caso a decisão não possa ser

---

<sup>7</sup> Necessário pontuar que este entendimento da Corte não se estende somente aos casos de crimes permanentes, como desaparecimento forçado de pessoas. De acordo com o Caso Blake (CORTE, 2013c), (Tradução Livre) A Corte também determinou que certos efeitos das ações que o Sr. Blake foi vítima continuaram até 14 de Junho de 1992, quando encontrados seus restos mortais; data esta subsequente ao consentimento da Guatemala à jurisdição da Corte. Consequentemente, a Corte se declarou competente para julgar as possíveis violações da Convenção, resultando dos efeitos, conduta e atos que ocorreram após o consentimento. Em inglês: That is the above cited judgment, the Court also determined that certain effects of the actions of which Mr. Nicholas Blake was a victim continued until June 14, 1992, when his remains were established, a date which is subsequent to Guatemala's acceptance of the contentious jurisdiction of the Court. Consequently, the Court declared itself competent to rule on possible violations of the Convention resulting from the effects, conduct, and acts which occurred after that acceptance.

<sup>8</sup> No mesmo sentido, *caso Gomes Lund vs. Brasil; Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*.

cumprida integralmente pelo Estado, não haverá a responsabilização internacional deste, mas somente a indenização pecuniária à vítima (RAMOS, 2012b, p. 235).

É digno de nota que embora a Corte aplique o Direito Internacional e atribua responsabilidade ao Estado envolvido, não indica necessariamente o órgão ou autoridade nacional responsável pela autoria de ato internacionalmente ilícito. Assim, é cabível ao Estado a fixação do meio de execução, que depende do órgão imputado e de seu *status* normativo (RAMOS, 2012b, p. 236).

De acordo com Dezem (2011, p. 1162), o momento histórico do surgimento da Corte Interamericana demonstra uma grande evolução no trato dos direitos humanos, ao sopesar-se que, “partindo quase que desprezo completo pela matéria, os Estados hoje, lentamente, vão se integrando em uma comunidade de nações que objetivam propiciar maior proteção ao indivíduo”.

### 3 LEIS DE ANISTIA

A América Latina vivenciou um longo período de regimes ditatoriais no séc. 20. Argentina, El Salvador, Peru, Uruguai e Brasil possuem a marca de governos militares em sua história recente, que tinham como uma característica comum graves violações a direitos humanos. Os regimes totalitários que vigoraram durante as décadas de 70, 80 e 90, trouxeram consequências para esses países e seus vizinhos não só no aspecto político, mas ainda no âmbito social, econômico e jurídico, causando feridas que ainda se encontram em processo de cicatrização.

A transição pacífica do antigo sistema, totalitário, para o novo, democrático, exigia um tratamento delicado, conciliando a justiça – necessária em razão das arbitrariedades do antigo regime – com a ainda poderosa influência dos grupos militares.

Há numerosos exemplos do uso de anistia dentro de processos de paz modernos, devido a seu importante papel como instrumento de negociação. A urgência por justiça e responsabilização dos agentes exigidas por vítimas de regimes autoritaristas, conflita diretamente com a paz e reconciliação manejada pelos Estados, perante a necessidade de estabelecer uma nova democracia forte e autossuficiente. Para alguns, o preço da paz é, frequentemente, justiça, posto que a persecução penal dos responsáveis poderia desencadear abusos ainda mais graves, e arriscar não só a transição de um governo ditatorial para um democrático, mas até mesmo destruir a democracia ainda em estágio frágil e incipiente (AMBOS, 2009, p. 29).

A discussão em torno da anistia nos anos 80 circunscrevia-se à uma discussão fundada em três paradigmas: retribuição, soberania e conveniência. A corrente retributiva nega a possibilidade da Lei de Anistia, enquanto que as duas outras defendem a utilização, porém com diferentes fundamentos.

Para a doutrina que nega a Lei de Anistia, deve haver a responsabilização dos perpetradores para garantir justiça, e a lei é inválida por natureza. Contrapondo-se a este entendimento, as teorias que defendem a Lei de Anistia possuem dois diferentes fundamentos, quais sejam a soberania - legitimadora de quaisquer anistias concedidas pelo Estado, e a conveniência – que consideravam a anistia

como forma de facilitar o período transicional. Essa discussão restrita e paradigmática já se encontra ultrapassada diante da realidade do direito internacional (BASTOS, 2009, p. 182).

Embora diversas leis de anistia tenham surgido na América Latina nos regimes pós-ditatoriais, alguns países optaram pela instituição de comissões da verdade, destituídas de poder de persecução judicial; opção esta realizada pela capacidade da verdade promover justiça, reduzir conflitos e facilitar a reconciliação (BURT, 2011, p. 309). De forma preponderante, a anistia foi – e continua sendo - utilizada como instrumento eficaz de eximir autores de persecuções penais; anistias políticas ou pós-conflito, que podem apresentar diverso alcance dentro do contexto de crimes cometidos.

No Brasil, a anistia teve fim similar. De 1964 a 1985, o país foi submetido a uma ditadura militar que tinha como prática comum a perseguição a seus opositores, demissão de empregos, expulsão de instituições de ensino, idas à clandestinidade, banimento do país, exílio, tortura, e morte. A anistia veio como um convite ao esquecimento, uma tentativa de conciliar o inconciliável, uma verdadeira frustração para as vítimas de arbitrariedades no regime militar (GONÇALVES, 2009). Nas palavras de Rosa da Fonseca, ex-presa política e componente do Movimento Feminino pela Anistia no Ceará (*apud* Gonçalves, 2009, p. 289) “a anistia foi decepcionante por não julgar e condenar aqueles que praticaram os atos mais cruéis contra a vida humana”.

Em verdade, a anistia de 1979 não foi fruto de um pacto nacional, mas da imposição de um regime decadente (PIOVESAN *apud* RODRIGUES, 2009, p. 141).

### 3.1 A DITADURA MILITAR NO BRASIL

Uma soma de fatores distintos resultou no Golpe Militar de 1964, sendo impossível apontar somente um motivo. Desde 1930, determinados setores nacionais se aliaram a governos estrangeiros para conter a política nacional-desenvolvimentista de Getúlio Vargas. Golpes anteriores ao de 1964 foram impedidos, como em 1954, após o suicídio do então presidente Vargas, e tentativas de menor escala sempre reprimidas pelos militares.



No entanto, a renúncia do presidente Jânio Quadros, eleito em 1961, populista de direita, gerou grande instabilidade no cenário político brasileiro. Seu vice-presidente, João Goulart, filiava-se à corrente getulista – nacionalista – e, quando da renúncia, encontrava-se em território chinês; sua posse somente foi possibilitada pela construção de um acordo de governo parlamentarista com os militares. O acordo fora proposto e exigido pela população, mobilizada pelo então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, possível devido a interesses congruentes de diversos setores da população e de militares, todos sob a bandeira nacionalista (AGRA; TAVARES, 2009, p. 74/75).

Embora o parlamentarismo tenha sido rapidamente descartado, o governo de João Goulart continuou a enfrentar uma oposição fortalecida, composta pelas Forças Armadas, pequena burguesia, empresários, proprietários de terras e representantes de monopólios internacionais, que temiam por suas reformas estruturais que mobilizavam a população mais pobre (SANTOS, 2008).

O comício de 13 de março de 1964 no Rio de Janeiro demonstrou o apelo que o presidente tinha com a população de base, e foi o estopim para realização do Golpe Militar, articulado pelos setores oposicionistas e posteriormente aderido pelas Forças Armadas. A “marcha da família, com Deus, pela Liberdade” serviu de prelúdio para a ruptura institucional que viria a seguir, com a articulação do setor de empresários, latifundiários e setores da igreja católica que utilizaram o argumento do anti-comunismo e segurança nacional para legitimar o golpe no governo (SANTOS, 2008, p. 16).

Em 31 de março de 1964 iniciou-se um levante militar em Minas Gerais, marchando em direção ao Rio de Janeiro e Brasília, comandados pelo general Olympio Mourão Filho e apoiados pelo comandante do Exército, Amaury Krueel, dentro de uma “conspiração internacional direitista, aliada às elites orgânicas, técnico-empresariais e aos militares brasileiros” (SANTOS, 2008, p. 17).

Os militares passaram a ocupar um novo papel dentro do contexto político brasileiro, havendo uma “militarização do Estado”, conveniente aos interesses da burguesia, que interessada na proteção que o novo poder oferecia, acatou exigências corporativas de auto-preservação institucional das Forças Armadas (GORENDER *apud* SANTOS, 2008, p. 17).

Inicialmente a população ficou inerte, frente à tomada de poder pelos militares e à volta de João Goulart para o Rio Grande do Sul. Com a posterior consciência de que o golpe não teria caráter provisório, a população iniciou o planejamento da resistência à arbitrariedade ditatorial, o que ensejou a promulgação do Ato Institucional 5 (BRASIL, 2007). Os Atos Institucionais promulgados pelo governo, juntamente com os decretos, se tornaram instrumentos ditatoriais de legalizar ações políticas dissonantes do texto constitucional.

Enquanto os Atos Institucionais anteriores tinham como objetivo de fortalecer os militares no poder, na medida em que diminuía o papel do Congresso Nacional e reforçavam o Executivo conferindo-lhe caráter autoritário ou somente modificando o sistema eleitoral de governadores e prefeitos, o Ato Institucional 5 (AI-5) viabilizou a truculência do período militar brasileiro (SWENSSON JUNIOR, 2006, p. 82).

Ademais, o AI-5 conferiu poderes ao Presidente para declaração de recesso Legislativo nos âmbitos municipal, estadual e federal; de decretar intervenção federal nos governos estaduais e municipais, bem como de cassar mandatos e suspender direitos políticos de qualquer cidadão brasileiro por dez anos, abolindo, ainda, o direito ao *habeas corpus* a qualquer acusado de crime contra à segurança nacional. Este Ato Institucional impossibilitou a sucessão presidencial democrática, fechou-se o Congresso por tempo indeterminado, censurou-se veículos de comunicação, viabilizou-se cassações e prisões em massa, buscando reforçar o controle do executivo sobre os cidadãos (BRASIL, 2007, p. 26).

A tímida oposição não ficou inerte diante da opressividade do Ato Institucional nº 5 e as guerrilhas urbanas se fortaleceram, enquanto a luta armada parecia a única alternativa viável de manifestação dentro de um governo antidemocrático e autoritário (AGRA; TAVARES, 2009, p. 76).

No entanto, ainda que a promulgação do AI-5 tenha ocorrido sob o comando de Costa e Silva, a sociedade brasileira não tinha testemunhado seu uso ilimitado e irrestrito, como veio a ocorrer no governo de Médici (BRASIL, 2007, p. 21).

Emílio Garrastazu Médici ocupou a presidência do Brasil entre 1969 e 1974, período de maior repressão e violência da ditadura militar. Justificando seus atos com base em todos os AI's promulgados até o momento – dezessete -, além da nova versão da Lei de Segurança Nacional, da Emenda Constitucional nº 1 (Constituição de

1967) e da ideologia de “Segurança Nacional”, a repressão política buscou calar a oposição, forçando a entrada na clandestinidade. Os desaparecimentos passaram a ser comuns, além de sequestros e assassinatos, demonstrando o nível de violência que a chamada “linha-dura” do exército admitia como forma legítima de governar o país (SANTOS, 2008).

Contraditoriamente, durante o comando de Médici, o Brasil enviou representantes à conferência de San José da Costa Rica, participando normalmente das discussões e votações. Essa contradição é explicada pelo esforço das ditaduras do contexto de transmitir uma imagem de ordinariedade e similitude do governo brasileiro com outros Estados da sociedade internacional, buscando apoio e legitimação para garantir sua continuidade. Assim, assegurou a repetição de princípios e ideais de garantias aos direitos humanos, ainda que sem nenhuma intenção de efetivá-los. Nesta medida, “a Convenção Americana nasceu dos esforços de Ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados democráticos”, em oposição à Convenção Europeia de Direitos Humanos, fruto do esforço dos Estados democráticos em se distinguir de ditaduras (RAMOS, 2012b, p. 202).

A aparência de normalidade, facilitada pela censura aos meios de comunicação foi mantida, e grande parte da população ignorava a arbitrariedade e violência do governo militar; ao mesmo tempo em que vivenciavam o “milagre econômico” proporcionado pelo governo (BRASIL, 2007).

Ainda que a censura tenha sido efetiva à época, a documentação acerca dos ocorridos no período, hoje, é farta. Sabe-se que a tortura física e psicológica era meio comum para obtenção de confissões e depoimentos, com técnicas como: extração de dentes, afogamento, isolamento em cubículo exíguo, soro-da-verdade, torturas químicas, torniquetes, espancamentos, choques elétricos, paus de arara, etc. (FON *apud* AGRA; TAVARES, 2009, p. 76). O desrespeito dos militares pelo indivíduo enquanto ser humano é evidente, ainda que os militares nunca tenham reconhecido a prática de tortura. Mesmo que nunca admitidas, a documentação dessas práticas figura papel importante pela necessidade de formação de parâmetros que impeçam a ocorrência de novas violações de natureza tão gravosa.

A maior parte da população afetada era de jovens, com cerca de 38.9% (trinta e oito ponto nove por cento) de jovens abaixo de vinte e cinco anos, além de caráter eminentemente urbano, concentrando-se no Rio de Janeiro e São Paulo. Cerca de

trezentas pessoas morreram por consequência de atos praticados pelo governo militar, enquanto aproximadamente vinte mil cidadãos foram torturados pelo regime. Comparativamente a outros países da América do Sul, os números são relativamente pequenos, na medida em que a Argentina, por exemplo, computou cerca de trinta mil mortos, dez mil desaparecidos e quarenta mil torturados (AGRA; TAVARES, 2009, p. 77).

Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, é necessário ressaltar um episódio emblemático relacionado à luta armada dos opositores do governo militar, a Guerrilha do Araguaia (1966-1973), que “representou o episódio mais dramático e obscuro da história brasileira recente” (STUDART, 2004). Batizada com o nome do rio Araguaia, a guerrilha teve como palco principal uma área de cerca de 7.000km<sup>2</sup> entre os municípios de São Domingos e São Geraldo do Araguaia, à margem esquerda do rio (BRASIL, 2007, p. 195).

O foco de resistência à ditadura militar nessa região era composto, principalmente, por jovens militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B), oriundos de diversos estados brasileiros, somados a camponeses habitantes daquela região. Estima-se que, por volta de abril de 1972, havia cerca de 70 pessoas formando o grupo opositor (AFFONSO; KRSTICEVIC, 2011, p. 255).

Até recentemente as Forças Armadas relutaram em publicar a documentação acerca da repressão na região, contudo, sabe-se que os militantes que ali se instalaram assumiram papéis comuns na região, morando em pequenos núcleos familiares e integrados à vida da comunidade local. Esses militantes eram, em maioria, lideranças estudantis perseguidas pela ditadura militar, ex-presos políticos que tinham contra si inquéritos policiais em aberto, processos judiciais, mandados de prisão, alguns relacionados ao 30º Congresso da União Nacional dos Estudantes em Ibiúna (BRASIL, 2007, p. 195).

Dentro deste contexto, Élio Gaspari leciona (2002, p. 406):

O que ocorreu no Araguaia foi o paroxismo do choque dos radicalismos ideológicos que, com seus medos e fantasias, influenciaram a vida política brasileira por quase uma década. A esquerda armada supusera que estava no caminho da revolução socialista, e a ditadura militar acreditara que havia uma revolução socialista a caminho.

Motivados por esta ideologia, os comunistas adotaram uma estratégia inspirada pela Revolução Chinesa, de Mao Tsé-Tung. De acordo com esta tática, a tomada de

poder seria iniciada pelas áreas rurais para, em seguida, se alastrar para as áreas urbanas, realizando o “cerco das cidades pelo campo”. O papel dos militantes seria a fixação em regiões distantes, criando vínculos de confiança com a população para, posteriormente, tê-los como aliados na luta, “rumo a um exército popular de libertação” (BRASIL, 2007, p. 196). A Guerrilha criticava a abordagem urbana, principalmente os métodos utilizados para a repressão policial (SANTOS, 2008, p. 50).

Ao início dos anos 70, o governo militar já tinha sido alertado acerca desse reduto, bem como já voltava sua atenção para medidas de controle, lançando operações para reprimir a oposição naquele ponto, utilizando-se de intimidação e estratégias para, inicialmente, inibir a presença de opositores e, em segundo momento, mapeá-los e identificá-los, para dar início a uma repressão efetiva (GÁSPARI, 2002).

A primeira verdadeira campanha militar anti-guerrilha foi ordenada entre março e abril de 1972, na qual o governo militar enviou agentes da Aeronáutica, Exército e Marinha para a região, havendo a captura de vários militantes, mas sem atentados à vida desses prisioneiros (FICO, 2011).

Nos três anos seguintes, as Forças Armadas intervieram militarmente na região, cumprindo determinações de erradicação do foco de resistência, e a ordem era de não fazer prisioneiros (BRASIL, 2007, p. 198); acaso feitos, não haveria a entrega dos cadáveres. Quem morria, sumia (GÁSPARI, 2002, p. 420).

As operações arregimentaram aproximadamente 3.800 militares do Exército, Marinha e Aeronáutica, além de contar com o apoio de órgãos governamentais como o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e a Superintendência de Campanhas de Saúde Pública para mapeamento da região e identificação dos habitantes. A operação revestia-se com caráter de guerra. Aconteceram, de forma confidencial e velada, desconhecidas da sociedade, práticas arbitrárias de detenções, torturas, execuções. Não houve somente o ataque aos militantes, mas ainda aos camponeses da região, com relatos de torturas e incêndios de plantações de nativos que colaborassem com a guerrilha. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, fossem militantes e camponeses, haviam desaparecido. De acordo com o relatório elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (2007, p. 200):

As Forças Armadas não quiseram deixar nenhum vestígio da operação. Há informações de que corpos de militares sepultados na selva foram desenterrados e queimados. Há relatos de que alguns corpos teriam sido atirados nos rios da região. O governo militar impôs absoluto silêncio sobre os acontecimentos do Araguaia. Proibiu a imprensa de dar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento. Em janeiro de 1975, segundo um oficial da Aeronáutica, Pedro Correa Cabral, teria sido feita uma “operação limpeza”.

O silêncio com que o governo ditatorial procedeu diante da Guerrilha do Araguaia tinha como principal objetivo negar a seus adversários a necessidade de utilização de forças armadas para proteção da defesa do Estado por ameaça interna. A ditadura temia que a veiculação de informações acerca de combates travados dentro do país desse notoriedade às forças de resistência (GASPARI, 2002, p. 435).

Em 2004, a revista Istoé (STUDART, 2004) publicou uma matéria intitulada “os documentos do Araguaia”, apresentando documentos e relatos de militares que fizeram parte da repressão política.

Os dados apresentados pela revista apontam, segundo estimativa do exército, 107 guerrilheiros e camponeses que efetivamente participaram da Guerrilha; destes, 64 morreram “em combate”, 18 “desaparecidas” – o que seria um eufemismo para executadas depois de feitos prisioneiros – 15 presos e sobreviventes, sete desertores e dois suicídios, dados que contabilizariam dez mortos a mais que os dados estimados pelo PCdoB. O dossiê Araguaia relata todas as mortes, porém, não aponta a localização dos corpos, embora apresente dados que apontem um cemitério de Xambioá, que posteriormente teriam sido cremados (STUDART, 2004). Neste contexto, o caso da Guerrilha do Araguaia representa metade de executados e desaparecidos políticos no período da ditadura, expondo o caráter do governo vigente, que, na tentativa de manter-se no poder, intentava-se a exterminação dos grupos de oposição (BRASIL, 2007, p. 195).

### 3.2 A ELABORAÇÃO DA LEI 6.683/79

De meados dos anos 70 até a edição da lei 6.683 em 28 de agosto de 1979, militantes dos Direitos Humanos, ex-presos políticos, exilados, cassados e familiares de mortos e desaparecidos exerceram crescente pressão pela concessão de anistia e pelo direito à verdade, por isso representando papel fundamental na promulgação

da chamada “Lei de Anistia”. Destaca-se, neste processo, o Movimento Feminino pela Anistia e o Comitê Brasileiro pela Anistia e suas ramificações estaduais lideradas por Therezinha Zerbini, Mila Cauduro, Luiz Eduardo Greenhalgh, Eny Raymundo Moreira, Madre Cristina Sodré Dória, Iramaya Benjamin, Helena Greco, Lícia Peres, Teotônio Vilela, Paulo Fonteles e outros (BRASIL, 2007, p. 30).

Os números relacionados ao regime militar impressionam. Estima-se que cerca de 50 mil cidadãos tenham sido detidos durante os primeiros meses da ditadura brasileira, e cerca de 10 mil pessoas viveram no exílio em períodos durante o regime militar. O projeto *Brasil Nunca Mais* analisou os dados de 707 processos políticos instaurados pela Justiça Militar entre 1964 e 1979, verificou que 7.367 pessoas foram acusadas judicialmente, além de 10.034 envolvidos incidentalmente na fase de inquérito. Não obstante, houveram quatro condenações à pena de morte (não consumadas), 130 pessoas banidas do Brasil, 4.862 cidadãos tiveram mandatos e direitos políticos cassados, 6.592 militares foram punidos e ao menos 245 estudantes expulsos de universidades (BRASIL, 2007, p. 30).

A Lei de Anistia teve um papel fundamental na reabertura política brasileira, contudo, seu caráter parcial e restrito, uma autoanistia, é alvo de polêmicas, pela absolvição que significou a agentes perpetradores de crimes contra a humanidade (BRASIL, 2007); (BASTOS, 2009).

### **3.2.1 Contexto político**

A Lei de Anistia brasileira foi promulgada em meio a uma política transicional: o fim da ditadura militar e a reintrodução da democracia no cenário brasileiro.

O *boom* econômico proporcionado pela ditadura militar encerrou-se em 1979 durante o governo de Geisel, ensejando o fim da própria ditadura militar, que perdeu sua justificativa e apoio dos setores econômicos interessados. Houve, então, a progressiva reabertura econômica, a mitigação da censura de imprensa, o retorno do *habeas corpus* para crimes políticos e revogação de diplomas legais repressivos, além da abolição da pena de morte, prisão perpétua e banimento (FICO, 2011, p. 319)

No contexto da abertura de Geisel, já em 1975 foi criado o “Movimento Feminino pela Anistia”. Em 1977, a campanha pela Anistia se fortaleceu com o surgimento de focos de movimentos estudantis por todo o país, realizando-se os “Dias Nacionais de Protesto e Luta pela Anistia”. Em 1978, formou-se o “Comitê Primeiro de Maio pela Anistia”, lançado pela oposição, com apoio do general Bevilácqua, punido pelo AI-5, o movimento foi pioneiro ao exigir a Anistia a todos, “ampla, geral e irrestrita” (FICO, 2011, p. 319).

Roberto Ribeiro Martins, importante figura política no cenário de promulgação da Lei de Anistia, listou em livro editado em 1979, todas as categorias de brasileiros que deveriam ser beneficiados pela lei, quais fossem: presos, ex-presos e perseguidos políticos, “desaparecidos”, banidos, exilados, cassados, religiosos expulsos, trabalhadores grevistas, estudantes, “delitos” de opinião e imprensa, anistiados pelo DL-18 que tiveram benefício sustado, além de eventuais militares punidos disciplinarmente em consequência de pronunciamentos políticos. Embora fosse mais simples identificá-los como os presos, banidos, exilados e cassados políticos, a anistia não deveria se resumir a estes, deveria abranger todos os punidos ou perseguidos políticos, para que, de fato, se tratasse de uma anistia ampla e geral (MARTINS, 2010, p. 171).

O autor estimava a cifra de beneficiários da anistia em cerca de um milhão de pessoas, ou seja, um em cada cem brasileiros, se ignorado, ainda que a própria repressão e violência dos atos institucionais, em especial o AI-5, representava uma ameaça permanente para todo e qualquer brasileiro que reclamasse a liberdade. Assim, conclui-se, “quem precisa de anistia são 110 milhões de brasileiros” (MARTINS, 2010, p. 185).

Todo o processo de abertura foi cuidadosamente planejado por Geisel e seu gabinete, e a promulgação da Anistia não foi diferente. Isso porque se sabia que haveria um longo processo de adaptação e convergência de interesse a ser enfrentado. Enquanto as vítimas ansiavam pela justiça e reparação, os militares temiam o que denominaram de “revanchismo”, que era a eventual responsabilização dos mesmos por atos cometidos durante a ditadura militar. Do ponto de vista do planejamento governamental, evitar quaisquer punições aos militares era essencial para concretizar a abertura política (FICO, 2011, p. 320).



A anistia não somente representava uma conciliação com a opinião pública, mas uma forma de divisão dos oposicionistas do governo. Vez anistiados, as figuras mais emblemáticas da resistência, como Brizola ou Prestes, não se uniriam diante de um partido único, como o MDB, o que proporcionaria a divisão – e consequente enfraquecimento – da oposição, com cada liderança seguindo sua própria ideologia (FICO, 2011, p. 320).

Neste contexto, João Figueiredo, presidente empossado em março de 1979, encaminhou um projeto de Lei para o Congresso Nacional, que concedia anistia em termos, não abarcando condenados por práticas de crimes de terrorismo, sequestro, assalto e atentado pessoal. A discussão acerca do alcance da Anistia ganhou força, em que se discutia a anistia recíproca, bilateral em conflito com a não extensão do benefício da anistia para torturadores (DUTRA; LOUREIRO, 2012).

O presidente do Congresso nomeou, então, uma comissão mista, para que fosse disponibilizado um parecer oficial sobre o projeto de lei encaminhado pelo presidente. A comissão era composta por partidários de base governista (do Arena) e de base oposicionista (MDB) (FICO, 2011, p. 320).

A discussão da comissão centralizou-se em torno dos dois parágrafos do artigo 1º da referida Lei. O Arena votava pela ampla aceitação da anistia nos termos propostos, beneficiando tanto “subversivos” quanto aos militares torturadores.

Para somente este primeiro artigo e seus parágrafos, os parlamentares do MDB apresentaram sessenta e cinco propostas de alteração, dentre duzentos e nove alterações da lei em geral. Dessas sessenta e cinco propostas de alteração do artigo 1º, somente onze tinham como objetivo a exclusão do perdão aos responsáveis pela repressão (FICO, 2011, p. 323), enquanto os parlamentares do Arena não apresentaram quaisquer alterações.

Importava, contudo, a promulgação do texto de anistia sob qualquer hipótese – qualquer sinal de liberdade que fosse concedida a opositores já era sinônimo de conquista, de liberdade. A anistia, de fato, se apresentava como único instrumento capaz de “pacificar” o Brasil, fragmentado pelas arbitrariedades cometidas pelo governo militar (GONÇALVES, 2009, p. 277).

O MDB estava ciente da impossibilidade de aprovar seu projeto principal, de exclusão de torturadores do alcance da lei, e escolheu, portanto, apoiar um segundo

projeto, proposto por Djalma Marinho, arenista, que propunha um perdão irrestrito (FICO, 2011). Nas palavras do parlamentar “o projeto da oposição não anistiava os torturadores. O projeto do governo anistiava parte dos terroristas. Era como se cada lado protegesse sua violência. Só a minha emenda anistiava a todos” (FICO, 2011, p. 329).

Grande parte do MDB expressou, então, seu apoio à emenda de Marinho, na expectativa de sensibilizar os arenistas, por se tratar de proposta advinda do meio dos mesmos. Ainda assim, a votação da proposta de Marinho foi decidida por quatro votos contra, e a Lei de Anistia aprovada pelo Congresso não estendeu seu perdão a todos os presos políticos - excluíram-se aqueles condenados por ações de terrorismo, assalto, sequestro, “crimes de sangue” e atentado pessoal - contradizendo a proposição de anistia ampla, geral e irrestrita (DUTRA; LOUREIRO, 2012).

De acordo com Thomas Skidmore (FICO, 2011, p. 330), a anistia foi o resultado de uma negociação:

(...) foi uma transação política. Os líderes da oposição sabiam que só podiam passar a um regime aberto com a cooperação dos militares. Poderia haver futuras tentativas de reabrir a questão, especialmente por parte daqueles mais próximos das vítimas da tortura. Mas por enquanto os políticos brasileiros receberam uma lição, para o melhor ou o pior, sobre a arte da “conciliação”.

O governo alcançou com sucesso seu objetivo, na medida em que não houve nenhuma tentativa de investigação e punição dos torturadores, por mais que houvesse – até à contemporaneidade – clamor popular pela identificação e responsabilização destes. O governo tinha como premissa base a não persecução penal de seus agentes, e teve sucesso nessa medida. O partido de oposição aceitou a anistia como uma concessão - ao menos alguma liberdade - e a visão de alguns era exatamente essa, pois se houvesse, nas palavras de Marcelo Cerqueira (FICO, 2011, p. 330), “um projeto diminuindo em um ano a pena de um companheiro”, já haveria apoio do MDB.

Todavia, importa ressaltar que o diploma legal foi resultado de uma votação apertada, dentro de um congresso controlado, ainda no período da existência de senadores biônicos. O projeto de lei brasileira, de lei ampla, geral e irrestrita foi derrotado diante do projeto de lei proposto pelo governo militar. Tratou-se, deste modo, uma verdadeira autoanistia ilegítima. Não se pode admitir o pretexto

conciliatório, e desconsiderar uma mobilização da sociedade civil que exigia a penalização de torturadores (ABRÃO; GENRO, 2012, p. 52).

Ainda assim, a anistia, como suposto instrumento de conciliação nacional foi promulgada, ainda que condicional, parcial e restrita (DUTRA; LOUREIRO, 2012, p. 190), mas possibilitando o início de uma cicatrização de um período turbulento na história brasileira.

### **3.2.2 A redemocratização do Brasil**

Ainda que a Lei de Anistia tenha caráter limitado e ter excluído, deliberadamente, uma grande parcela dos presos políticos de seus benefícios, a Lei de Anistia promoveu positivamente um clima de abertura que se consolidou na década seguinte. As eleições de 1982 possibilitaram a conquista do governo de importantes estados brasileiros por lideranças oposicionistas como Tancredo Neves, Franco Montoro e Leonel Brizola. Neste sentido, “o movimento “Diretas Já”, a posse de um presidente civil e a promulgação da Constituição de 1988 completaram a reconstrução do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2007, p. 30).

Desde o início da abertura política, os oposicionistas já tinham como objetivo a elaboração de uma nova constituição. O governo transicionista de José Sarney proporcionou a estabilidade para que se prosseguisse com o projeto (DUTRA; LOUREIRO, 2012, p. 190).

A Constituição Federal de 1988 sedimentou a reconstrução da ordem jurídica democrática devido à ampla participação popular, sendo, por isso, apelidada de “Constituição Cidadã”. Ainda que contasse com limitações impostas por setores conservadores e um terço dos senadores tenha sido eleito pelo ditador, a população fez uma imensa pressão sobre o trabalho dos parlamentares, resultando em um texto bastante avançado para o contexto pós-ditadura (TAVARES; AGRA, 2009, p. 79).

A CF/88 foi guarnecida por cinco categorias de direitos fundamentais: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos políticos e direitos cidadãos, garantindo a alguns deles o inédito *status* constitucional, alargando a gama de

direitos fundamentais gerais. A Constituição abrangeu minorias anteriormente ignoradas como índios e idosos, introduziu dispositivos constitucionais avançados sobre meio ambiente, separou a ordem social da ordem econômica – indicando a necessidade de efetivação de direitos sociais independentemente de condições econômicas -, e transformou em cláusula pétrea novos e ampliados direitos aos trabalhadores (AGRA; TAVARES, 2009, p. 80).

Discussões anteriormente sufocadas ou não priorizadas ganharam fôlego, e reivindicações como reforma agrária, direitos de gênero, direito a não discriminação em função da etnia, direito das crianças e dos adolescentes passaram a ocupar grande parte das atenções da sociedade que agora tinha voz (ABRÃO; GENRO, 2012a).

O novo ambiente democrático fortaleceu a luta dos familiares das vítimas da ditadura militar, que conquistaram, inicialmente, a Lei 9.140 de 04 de dezembro de 1995, posteriormente alterada pela lei nº 10.536 de 2002.

A lei 9.140/95 (BRASIL, 2013) reconheceu como mortas:

Para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 02.09.1961 a 5.10.1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

O mesmo documentou criou uma comissão especial para apuração destes casos, outorgando indenizações aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos (DUTRA; LOUREIRO, 2012, p.191). A Comissão Especial tem como função não somente apurar os casos de desaparecidos, mas ainda reconhecê-los, trabalhar para a localização de seus corpos e analisar os pedidos de indenização (BRASIL, 2013).

A posse de Luís Inácio Lula da Silva representou um momento importante para as vítimas e suas famílias por se tratar do primeiro presidente da oposição a assumir a Presidência do país. A composição do governo do presidente contava com diversos perseguidos políticos, defensores da confecção de uma lei de reparações a pessoas que sofreram deste tipo de perseguição. Criou-se, então, uma comissão interministerial, para obter informações sobre os restos mortais de desaparecidos durante a Guerrilha do Araguaia. (AGRA; TAVARES, 2009, p. 81).

A comissão foi duramente criticada pelas Forças Armadas, e possuiu um caráter restaurativo, documentador, posto que a Aeronáutica condicionou a investigação à impossibilidade de alteração das disposições da Lei de Anistia, bem como a não revelação das fontes informativas. O resultado foi o livro “Direito à Verdade e à Memória: Comissão Especial sobre os Mortos e Desaparecidos Políticos” (BRASIL, 2007).

Em 2002, foi promulgada a lei nº 10.559/2002 pelo governo, a Lei da Reparação, que regulamentou indenizações aos cidadãos perseguidos pela ditadura (DUTRA; LOUREIRO, 2012).

A transição tem ocorrido de forma lenta, gradual e segura, notadamente guiada de forma controlada, como planejado pela ditadura militar. Isso se deve, principalmente, a uma cultura de esquecimento, forte na sociedade brasileira, ao ponto de ser taxada de sociedade formada por “homens cordiais”, que não adentra em disputas políticas nem promove rupturas em sua história (ABRÃO; GENRO, 2012b).

O Brasil sofre hoje com um ambiente onde é difícil de lidar com o passado, de perceber que a ditadura brasileira foi tão violenta quanto a ditadura dos países vizinhos, e que a Lei de Anistia “bilateral” não diverge em nada em relação às “autoanistias” latino-americanas (ABRÃO; GENRO, 2012a).

### **3.2.3 Autoanistia x Anistia bilateral**

A maior discussão em torno da Lei de Anistia que se pôs quando da sua promulgação e estende-se até a atualidade se refere, principalmente, ao caráter bilateral que a mesma apresenta, na medida em que abrange todos em seu perdão – “subversivos” e torturadores. Quando da formação da comissão mista em 1979, os parlamentares já discutiam a amplitude da lei, e do condicionamento da conciliação à extensão do perdão a todos (BASTOS, 2007); (DUTRA; LOUREIRO, 2012); (FICO, 2011); (GONÇALVES, 2009); (MARTINS, 2010); (MOURA; ZILI; MONTECONRADO, 2010).

No momento do envio do projeto de lei ao Congresso, diversos setores políticos brasileiros se manifestaram, pedindo o aditivo “com exclusão dos torturadores”, ou

somente urgindo pelo voto favorável do projeto, “porque seu interesse maior é a felicidade do povo e não uma inútil e contraditória confrontação” (FICO, 2011, p. 322).

Enquanto a anistia representou um “salvo-conduto” para que os exilados retornassem ao país e para que clandestinos e perseguidos voltassem à legalidade, os mortos e desaparecidos somente foram contemplados com um atestado que declarava “paradeiro ignorado”. De outro lado, com a promulgação da anistia em branco, o Estado restou isento de investigações acerca de circunstâncias dos crimes ou ainda da localização dos corpos. A lei legitimou esse “vácuo” para possibilitar o processo de lenta conciliação (TELES, 2011, p. 161).

Em 2009, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, alvo de análise ainda dentro deste capítulo, determinou a amplitude da interpretação da Lei de Anistia. Neste julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal ponderaram que a lei brasileira é fruto de uma negociação mútua, diferenciando-se fundamentalmente das leis sul-americanas, que possuíam caráter de autoanistia, enquanto abrangiam somente crimes cometidos por agentes do Estado. Na análise dos ministros, não se constituiu uma anistia em branco – frequentemente utilizadas em ditaduras militares latino-americanas –, já que não busca suprimir unicamente a responsabilização dos agentes do Estado (STF, 2010).

Contudo, a crescente importância que o assunto “perdão e anistia” tem assumido diante do panorama do direito internacional e da onda de condenações explícitas à graves violações de direitos humanos indicam que não se trata exclusivamente de uma questão de âmbito interno, subordinado à discricionariedade e soberania de cada Estado (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2011, p. 1369).

Nesta senda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já posicionou no sentido contrário ao disposto pelo STF, em precedentes como *Barrios Altos vs. Peru* e *Almonacid Arellano vs. Chile*. No julgamento da Lei de Anistia brasileira, a Corte equiparou as autoanistias à anistia bilateral, ponderando que as incompatibilidades das leis de anistia com a Convenção não derivam de questões formais – quem e de que forma foi sancionada – mas de aspectos materiais, violando disposições do texto convencional. Para a Corte, qualquer dispositivo legal que exonere o Estado da obrigação de investigar e punir torturadores é incompatível com a Convenção e viola

direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (CORTE, 2012).

A concessão de anistias e perdões, se compreendidos como uma forma ampla de extinção da punibilidade, é praticada historicamente com três objetivos primordiais: seja uma medida de benevolência – uma forma de perdoar aqueles que já sofreram alguma forma de punição decorrente do crime cometido, com base em termos legais, – pelo perdão a indivíduos erroneamente condenados e posteriormente encontrados inocentes e, por fim, pelo aspecto político, na tentativa de pôr termo à guerras e insurreições (TELES, 2011, p. 168).

Leis de anistia da terceira espécie, de teor político, interessantes para o desenvolvimento deste trabalho, representam uma aparente solução para o período da justiça transicional, facilitando o processo de rendição de ditadores e rebeldes. Sua utilização é ampla, contudo, passível de crítica, na medida que a utilização desse mecanismo de perdão em favor de agentes violadores de direitos humanos então representantes do Estado. Dessa forma, em última análise, a anistia significaria o perdão do Estado a si mesmo. Todavia, o exercício soberano do poder do Estado permite o perdão enquanto este figurar como vítima, e não quando agente ou cúmplice do perpetrador (ROBERTSON *apud* BASTOS, 2009, p. 173).

A anistia que o Estado concede a si mesmo – autoanistia – apresenta problemas de fundamentação quando confrontado com o direito internacional. São três principais falhas; primeiramente, devido à utilização da anistia a serviço da proteção de seus ditadores e subordinados. Segundo, pelas eventuais violações a disposições constitucionais do Estado que possam acontecer, e terceiro, por violações das obrigações internacionais do Estado de processar determinados crimes, de oferecer direitos específicos e indenizações às vítimas (BASTOS, 2009, p. 181). Esse tipo de anistia permite ao Estado o perdão a si próprio enquanto transgressor, distinguindo-se do perdão concedido a opositores por crimes políticos praticados contra aquele, conflitando, contudo, com princípios constitucionais brasileiros e do direito internacional (WEICHERT, 2011b, p. 412).

Conforme exposição de Lucia Elena Bastos (2007, p. 171):

(...) diante das anistias, referidas leis, que liberam de julgamento as condutas cumpridas sob o comando do Estado, permitem ao Estado julgar o seu próprio caso, um resultado inconsistente com os princípios gerais de direito que proíbem o auto-julgamento. Esse princípio deveria ser aplicável

em casos de autoanistias concedidas por um governo para as suas próprias forças: tais anistias configuram-se em uma versão simplificada de auto-julgamento (ainda que em sentido figurado, pois nenhum julgamento de fato é permitido nestes casos) e, portanto, estariam proibidas pelos princípios gerais de Direito.

Assim, resta flagrante a incompatibilidade dessa natureza de anistia dentro de quaisquer ordenamentos, por violações principiológicas do direito.

Ainda além, o voto do juiz presidente Cançado Trindade no caso *Barrios Alto vs. Peru* (CORTE, 2013b) esclarece que as autoanistias se tratam de ofensas inadmissíveis à verdade e ao direito à justiça, negando, neste intermédio, o acesso à justiça. São, portanto, irreconciliáveis com obrigações gerais dos Estados-Partes da Convenção, comprometidos com o respeito e a garantia do direitos humanos, e o livre e pleno exercício destes. Para o juiz, ainda que as autoanistias possuam legalidade dentro do ordenamento interno de cada nação, é flagrantemente incompatível com a norma de proteção Internacional dos Direitos Humanos.

A discussão apresentada restaria infundada se considerado apenas o julgamento do STF no referido mérito. Todavia, a bilateralidade da Lei de Anistia inclui a faceta da anistia estatal concedida por si próprio, em benefício de seus agentes enquanto “protetores” de sua integridade, e esse viés é duramente condenado. Dentro dos parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrados pelo sistema interamericano, a bilateralidade da anistia não justifica o perdão do Estado ao Estado – e seus agentes<sup>9</sup> – muito embora esse entendimento tenha sido acolhido pela maioria dos ministros do STF.

---

<sup>9</sup> Reconhecimento internacional da obrigação dos Estados de investigar e punir as violações de Direitos Humanos, consagrado por meio do trabalho dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, assim como pela detenção e extradição do chileno Augusto Pinochet, com base no princípio da jurisdição universal. Importante para esse reconhecimento ainda, o Tratado de Roma, assinado em 1998, que levou à criação do Tribunal Penal Internacional (BURT, 2011). Regionalmente, a Corte Interamericana entende que leis de anistia privam as vítimas do direito de obter uma investigação judicial em sede criminal, que possibilitaria a individualização e aplicação de sanção aos responsáveis, violando, notadamente, as garantias judiciais do artigo 8º e do direito à proteção judicial, art. 25, ambos da Convenção Interamericana (CANTON, 2011, p. 268). A Comissão Interamericana declarou a incompatibilidade de leis de anistia com a Convenção Interamericana em reiterados casos: Informe 26/92, *Massacre Las Hojas* (El Salvador); Informe 28/92 (Argentina); Informe 29/92 (Uruguai); Informe 25/98, *Mauricio Eduardo Jonquera Encina e outros* (Chile); Informe 1/99, *Lucio Parada Cea e outros* (El Salvador); Informe 28/00, *Barrios Altos* (Peru); Informe 35/05, *Luis Alfredo Almonacid* (Chile) entre outros. O entendimento da Comissão foi ratificado nos julgados da Corte, particularmente nos casos *Velásquez Rodríguez* de 1988 e *Godínez Cruz*.



Dentro da discussão que se apresenta, não é possível distinguir autoanistia da anistia bilateral, como alegado pelos ministros do STF<sup>10</sup>. Mormente o perdão estendido aos opositores do governo, a anistia própria do Estado, inclusa na anistia bilateral, infringe preceitos do direito internacional, pela impossibilidade da investigação e punição a violações de direitos humanos durante a vigência do regime militar, além de valores superiores, como verdade e justiça.

Não se afirma com isso que nenhuma lei de autoanistia é válida ou possível, na medida em que há documentação e relatos acerca de experiências de sucesso, como na África do Sul, em que se aplica uma anistia individualizada, caso a caso, mediante requerimento do interessado. Nestas situações, um Comitê de Anistia específico analisa o pedido dentro de uma inquirição que se aproxima com a noção de processo, havendo a publicização daquele fato. Condicionado à exposição de todos os atos cometidos pelo solicitante (caracterizando a busca à verdade), caso se trate de delitos unicamente políticos – não incluindo, portanto, violações a direitos humanos – a concessão da anistia pode ser efetiva. Este tipo de anistia pode ser chamada de “anistia responsável”, ou seja, um perdão condicionado à circunstâncias do caso concreto que poderão, de fato, contribuir com uma verdadeira reconciliação (AMBOS, 2009).

A Lei de Anistia poderia proporcionar uma reconciliação nacional e uma transição de regimes eficaz, se observada diante de parâmetros. Todavia, concedida de forma irrestrita ao Estado, extinguindo a punibilidade a violadores de direitos humanos e impossibilitando a justiça para vítimas, se torna uma medida de impunidade geral, demonstrando o interesse do Estado em se auto-preservar, além de negar o direito à memória coletiva.

### 3.3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A justiça de transição é uma recente tendência observada na sociedade contemporânea, na medida em que promove uma lenta reconciliação social, em que se restabelece o Estado democrático após um período ditatorial. Ainda denomina-se

---

<sup>10</sup> Para os ministros do STF, a anistia bilateral se distingue da autoanistia, posto que aquela estende seu benefício ao Estado e a seus opositores, enquanto esta é inválida por somente anistiar agentes estatais. Neste sentido, a discussão da ADPF 153 a seguir.

justiça transicional ou justiça reparadora, pela destacada característica da busca pela reparação por violações a direitos humanos (TEITEL, 2000, p. 22).

Há uma verdadeira tendência nacional e internacional a adotar a justiça reparadora desde o final da Guerra Fria, resultando na multiplicação de comissões da verdade em diversos lugares do mundo, notando-se que nunca existiram tantos pedidos oficiais de desculpas e concessão de reparações a vítimas de direitos humanos (BASTOS, 2009, p. 190).

A justiça transicional adota uma sequência de procedimentos para que seja possível uma reconstrução dos valores ligados ao Estado de Direito mediante uma sociedade fragilizada por reiteradas violações a direitos humanos, principalmente aqueles relacionados à justiça e paz. Não é possível estabelecer um roteiro fixo para que esse caminho seja percorrido devido a diversas condições e variáveis que possam ocorrer caso a caso (MOURA; ZILI; MONTECONRADO, 2010, p. 159).

O principal objetivo da justiça de transição consiste em “processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, conceder reparações às vítimas, reformar instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação” (ZYL, 2009, p. 34).

Dissecando o objetivo definido acima, a justiça figura como elemento chave, ao se perseguir o julgamento dos perpetradores dos crimes, evitando futuras violações idênticas, servindo ainda de consolo para vítimas. Não se confunde a noção da busca pela justiça com a criação de tribunais de exceção, o que se revelaria uma afronta ao princípio do juiz natural dentro do Estado Constitucional de Direito. A busca é pela responsabilização por violações a direitos fundamentais, tipificadas nas figuras da prática de tortura, homicídio e genocídio (AGRA; TAVARES, 2009, p. 72).

Ainda que represente uma ferramenta na reconstrução da confiança do indivíduo no Estado, a efetivação da “justiça judicial” encontra resistência na esmagadora maioria das vezes, se tornando realidade para somente parte das vítimas de abusos. Este elemento figura, portanto, como maior obstáculo dentro os elementos da justiça reparadora: a punição de violadores de direitos humanos, posto que, com frequência, se trata de personalidades com papel de grande influência no governo ditatorial.

A divulgação dos fatos e amplo conhecimento do público efetiva a busca pela verdade, e tem como principal medida a criação de comissões da verdade, em que

ocorre uma verdadeira confrontação do passado, apoiando-se “no pleno reconhecimento da universalidade dos direitos humanos” (AGRA; TAVARES, 2009, p. 72). Assegura, portanto, a realização do princípio do direito à verdade e à informação através da publicização de documentos e arquivos relacionados com violações a direitos civis e políticos.

Apresentando-se como outro elemento-chave, a reparação material e moral às vítimas de abusos e violações é dever do Estado. A reparação financeira deve ser sopesada cuidadosamente, havendo uma análise de proporcionalidade e razoabilidade na fixação de valores a serem atribuídos às vítimas. Contudo, não deve haver uma restrição a uma reparação econômica, mas também reparações “morais”, como gestos simbólicos de pedidos de desculpas oficiais. Assim, é possível a reconstituição da vítima enquanto cidadão, possibilitando uma reconstrução da confiança no Estado; há o resgate da cidadania de indivíduos marginalizados, construindo uma sociedade mais justa. (ABRÃO; GENRO, 2012b, p. 40).

Ainda ressalte-se a relevância das reformas institucionais como elemento chave da justiça transicional. É de fundamental relevância a mudança radical, e, em última medida, a dissolução das instituições responsáveis por violações a direitos humanos. Em regra, os governos recém estabelecidos são responsáveis por esta reformulação, mas as comissões da verdade tem papel fundamental na elaboração de pareceres e recomendações acerca de “medidas legais, administrativas e institucionais que podem ser adotadas para evitar o ressurgimento de crimes sistemáticos do passado” (ZYL, 2009, p. 37).

A princípio, a anistia bilateral brasileira representou um obstáculo quase que intransponível à consecução dos elementos da justiça de transição: impediu a responsabilização dos agressores, e, de forma relacionada, bloqueou a revelação da verdade histórica, bem como a construção da memória, por meio da consagração do esquecimento (MCARTHUR, 2012, p. 97).

As medidas adotadas pelo programa de reparação econômico brasileiro “materializou o reconhecimento” (MCARTHUR, 2012, p. 94) de reiteradas violações a direitos humanos. Essa centralização em reparações civis/administrativas tem gerado amplas críticas, principalmente no que tange ao método de quantificação das indenizações a serem concedidas.

Ainda assim, há uma inegável tentativa de resgatar interesses e direitos das vítimas pelo reconhecimento da responsabilidade estatal pela violência militar à qual foram submetidos, dessa forma, não se pode negar o avanço político que representa na tentativa de ultrapassar um passado autoritário e abusivo no Brasil (MCARTHUR, 2012, p. 96).

As medidas de reparação e mecanismos da justiça de transição aplicados à realidade brasileira serão melhor analisados no capítulo final deste presente trabalho. Porém, cabe destacar que o Estado adotou mecanismos transicionais efetivos, de forma que proporciona uma verdadeira reparação econômica às vítimas de abuso, ainda que se ignorando a necessidade de perseguição e punição penal aos responsáveis por violações a direitos humanos.

Paralelamente, os Estados da América Latina adotaram os mesmos mecanismos da justiça de transição, em especial, leis de anistia, posteriormente ponderadas perante a Corte e o ordenamento jurídico interno.

### 3.4 LEIS DE ANISTIA NA AMÉRICA LATINA

A décadas de 70, 80 e 90 proporcionaram uma gama de regimes autoritários nos países da América Latina. Argentina, Brasil, Chile, El Salvador e Uruguai possuem um histórico de graves violações a direitos humanos durante os períodos ditatoriais, sob o argumento da defesa da constitucionalidade democrática e da proteção da cultura ocidental (CANTON, 2011, p. 263).

A discussão que se põe diante de processos de redemocratização é a forma adequada de recuperar os danos sofridos nas diferentes esferas, jurídica, social, política, econômica, buscando mecanismos para efetivar a justiça pelas violações e reconstrução da democracia.

Enquanto a justiça de transição efetiva seu papel na perspectiva social e política, as leis de anistia figuram como importante instrumento jurídico. Na América Latina, embora a perseguição pela justiça tenha se dado de forma diferente em cada caso, os processos de reconciliação tiveram como ponto comum a manipulação do perdão estatal através de leis de anistia orquestradas por setores dos regimes anteriores que detiveram influência dentro das novas configurações políticas, de forma que

impediram a investigação e punição de agentes violadores de direitos humanos. Embora seja sensível a natureza dos avanços da doutrina e a jurisprudência internacional, dentro de cada Estado ainda perdura um debate arraigado em antigos argumentos e contradições do regime autoritário (CANTON, 2011, p. 265).

Houve uma evolução diferenciada para cada nação; enquanto algumas não cedem na transposição de antigos paradigmas, alguns países acompanharam a evolução internacional no campo de proteção aos direitos humanos e revisaram a legislação interna. Como será analisado, Argentina e Chile despontam como Estados na vanguarda, em termos de evolução jurisprudencial acerca da anistia; o Peru, embora tenha demonstrado a intenção de acompanhar os dois países citados, passa por um momento de estagnação jurídica, enquanto o Brasil e El Salvador estão fechados a alterações nesse sentido (BURT, 2011, p. 308)

Estas aberturas foram oportunizadas pela receptividade do sistema interamericano, diante de pleitos de familiares de vítimas, que recorreram principalmente à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que prolataram sentenças no sentido do dever estatal de processar graves violações a direitos humanos, bem como do direito de acesso à justiça e à verdade pelas vítimas (BURT, 2011, p. 311). Desde então, o debate sobre os aspectos jurídicos e políticos das leis de anistia esteve presente no cenário internacional.

Em 1985, através de um Informe Anual, foi publicada a primeira manifestação da Comissão acerca de leis de anistia, e neste período parecia confirmar a percepção da maioria dos regimes autoritários, corroborando uma justiça ponderada pela necessidade de conciliação nacional, sem arriscar esta última. Contudo, diante da crescente busca de familiares de vítimas pela guarida de seus direitos na esfera internacional, a Comissão especializou seu entendimento, baseando-se nos casos de El Salvador, Uruguai e Argentina (CANTON, 2011, p. 268):

O primeiro caso é o de “Las Hojas” de “El Salvador”, onde a Comissão, em uma análise jurídica muito limitada, conclui que as leis de anistia violam a Convenção. Nos outros informes, relacionados com o caso do Uruguai e Argentina, a CIDH faz uma análise mais elaborada e conclui que as leis de anistia, ao privar as vítimas de seu direito de obter uma investigação judicial em sede criminal que permita individualizar e sancionar os responsáveis, são incompatíveis com as garantias judiciais estabelecidas no artigo 8º da Convenção Americana e no direito à proteção judicial consagrado no artigo 25.

A partir da análise dos casos destes países, a Corte adotou um posicionamento coeso, utilizando-se do mesmo raciocínio, qual seja, a incompatibilidade de leis de anistia com o art. 8º e 25 da Convenção Americana, pelo óbice que representa à investigação judicial criminal de responsáveis por violações a direitos humanos.

Embora o caso de El Salvador tenha sido o primeiro a ser julgado dentro do sistema interamericano, internamente, é o país onde menos se observa o cumprimento de recomendações da Comissão, dificultando um diálogo com o governo. A Comissão da Verdade do país foi criada em 1991; esta reconheceu não só a necessidade de uma sanção aos responsáveis por crimes violadores de direitos humanos, mas como a impossibilidade de fazê-lo dentro do contexto político nacional de forma imparcial. Cinco dias após a publicação desta conclusão, uma Lei de Anistia geral foi promulgada dentro do país, e se tornou a “pedra angular dos acordos de paz” (CUÉLLAR *apud* CANTON, 2011, p. 272). Embora a Comissão tenha responsabilizado El Salvador no caso de *Las Hojas*, a Suprema Corte do país se viu obrigada a acatar uma lei de anistia específica para o caso, garantindo a impunidade dos responsáveis pelo massacre.

O Uruguai, por sua vez, possui um histórico de responsabilização tardia, assim como o Chile. A lei de anistia uruguaia foi promulgada em 1985 (Lei de Reconciliação Nacional) e, posteriormente, a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, em 1986, com o claro intuito de abranger e obstar qualquer tipo de responsabilização a qualquer de seus agentes. Em 1992, um grupo de familiares de vítimas peticiona perante a Comissão, alegando a desconformidade das disposições da lei de reconciliação com a Convenção Americana, recepcionada pelo mesmo texto legal. A comissão declarou em seu informe anual que a Lei da Caducidade do Uruguai violou uma série de tratados de direitos humanos, e por isto, deveria ser revogada (COMISSÃO, 2013a). O Estado uruguaio ignorou esta recomendação.

A reabertura da discussão na Argentina motivou o Estado uruguaio a rever seu posicionamento, fomentada por setores civis composta por sobreviventes e organizações de direitos humanos. Criou-se, então, uma “Comissão para a Paz” (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 302), bastante controversa dentro da sociedade uruguaia. Novos casos foram reabertos com base em alteração da interpretação da Lei de Caducidade, determinando a obrigatoriedade da investigação completa dos desaparecidos.

A decisão da Corte interamericana no sentido da ilegalidade da Lei de Caducidade uruguaia, motivou o parlamento do país a aprovar um novo diploma legal, em outubro de 2011, que anulou a anterior e estabeleceu que crimes cometidos durante a ditadura são crimes contra a humanidade, e, por isto, imprescritíveis (BURT, 2011, p. 326). Em 2012, o ex-presidente uruguaio Juan Maria Bordaberry foi condenado a 30 anos de prisão por violar a ordem constitucional e por uma série de assassinatos e desaparecimentos forçados que ocorreram durante seu governo (1973-76), na mesma toada que motivou a prisão de outros militares da época.

A lei de anistia chilena foi decretada em 1978, ainda sob o governo ditatorial de Pinochet (1973-1990). Sem censurar a antiga lei de anistia, o governo democrático de Aylwin criou uma comissão da verdade, que investigou execuções extra-judiciais, desaparecimentos e casos de tortura que levaram à morte. O resultado foi um documento relatando a morte e desaparecimento de cerca de 3.000 chilenos, além da recomendação para implementação de reparações monetárias e simbólicas para vítimas e familiares destes. Embora as investigações fossem realizadas, a condenação encontrava óbice na disposição que anistiou os criminosos de punição efetiva (BURT, 2011, p. 318). Contudo, uma decisão inovadora da Corte chilena em 1998 aceitou a tese de advogados de direitos humanos, em que no caso de desaparecimentos forçados, como nenhum corpo foi encontrado ou identificado, trata-se de crime contínuo e em curso, impede a aplicação da lei de anistia de 1978 (COLLINS *apud* BURT, 2011, p. 319). A prisão de Pinochet em Londres motivou o julgamento de responsáveis por violações a direitos humanos no Chile. Embora tenha falecido sem ser efetivamente condenado, o caso do ditador reabriu discussões importantes acerca de responsabilizações criminais. A recente eleição de Bachelet à presidência do Chile tem importante peso na flexibilização à responsabilização por crimes de direitos humanos. Ainda que a lei de anistia continue vigente, juízes chilenos pararam de aplicá-la (BURT, 2011, p. 320) em casos que tenham como tema crimes contra a humanidade.

A Argentina é o pioneiro, na América Latina, em relação a violações de direitos humanos durante a ditadura militar (1976-1983). Desde o início de sua transição democrática, diversas medidas jurídicas foram tomadas, na tentativa de responsabilizar militares no poder, na época da ditadura. Como resposta à insatisfação dos militares aos julgamentos já ocorridos, houve a promulgação da “lei

do Ponto Final e da Obediência Devida”, o que obstou, aos tribunais, a persecução penal aos envolvidos em violações de direitos humanos (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 302).

A Comissão, bastante atuante e prestigiada no cenário político argentino, atuava paralelamente à Corte Argentina, no que tangia a elaboração de pactos e acordos entre vítimas e o Estado. A justiça argentina foi instada a se manifestar acerca da nulidade da lei de anistia, com base em informes da Comissão interamericana e no julgado Barrios Alto vs. Chile, e, acatando as alegações dos grupos de direitos humanos que a demandaram, decidiu pela ilegalidade da lei (CANTON, 2011, p. 282). Hoje, cerca de 1.926 supostos autores foram identificados; cerca de 368 casos ainda sob análise na justiça argentina e 272 autores já foram condenados (CELS, 2013).

Embora não seja pioneira, a América Latina está, indubitavelmente, na vanguarda das comissões da verdade e anistias, embora não seja possível afirmar o mesmo acerca de julgamentos efetivos. Dentre as dezenove transições da região, treze fizeram uso de comissões de verdade, sete das dezenove transições tem ao menos uma lei de anistia e somente dez tiveram algum julgamento (OLSEN; PAYNE; REITER, 2009, p. 153), corroborando sua mudança de posição e sua nova predisposição em investigar e esclarecer os fatos ocorridos durante governos ditatoriais.

Não obstante se vislumbre um longo caminho a percorrer em busca da justiça almejada pelas vítimas de regimes ditatoriais, a admissão de mecanismos investigativos e reparatorios transicionais apontam para uma possibilidade de modificação de postura de governos arraigados em práticas obsoletas de impunidade e repressão.

### 3.5 A ADPF 153

A controvérsia acerca da Lei de Anistia brasileira é ampla, rica e envolve a discussão do caráter bilateral, dos agentes beneficiados, da natureza dos crimes anistiados e a abrangência e pertinência dos chamados crimes conexos.



O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs ao STF uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em outubro de 2008. A ADPF 153, como ficou conhecida, requeria à Corte brasileira uma “interpretação” da Lei de Anistia, apontadamente, o art. 1º, §1º (STF, 2012, p.7):

“Conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar”.

Destarte, impende-se o esclarecimento: a ADPF 153 não requereu uma revisão, tampouco a declaração da “nulidade” da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), mas uma interpretação de suas disposições conforme a Constituição Federal brasileira (VENTURA, 2011, p. 197). Para os ministros (notadamente Eros Grau e Gilmar Mendes), os argumentos suscitados na ADPF impunham a declaração de inconstitucionalidade pela não recepção da Lei de Anistia, devido à ofensa ao princípio democrático (MATOS, 2012, p. 137).

Em sua fundamentação, a OAB ressaltou que não seria possível considerar válida a interpretação segundo a qual a supramencionada lei anistiaría vários agentes públicos responsáveis por práticas de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais entre outros graves crimes, já que reconhecê-los dessa forma implicaria a violação frontal a diversos preceitos fundamentais.

A OAB arguiu ainda que a recepção do §1º do artigo 1º da Lei de Anistia seria uma afronta ao dever público de não ocultar a verdade (art. 5º, XXXIII), de violação aos princípios democráticos e republicanos (art.1º, parágrafo único CF/88), da isonomia (art. 5º, caput), bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). Alegou ainda que a simples reparação pecuniária não legitima a violação da dignidade humana concedida às vítimas e seus familiares – indenização essa concedida através das leis 9.140/95 e 10.559/02 – ao se considerar que os responsáveis por todo os atos violentos estariam imunes a eventuais punições, e ainda cobertos pela segurança do anonimato (OAB, 2008, p. 17). Ou seja, a anistia concedida pela lei discutida, que visava a anistia a crimes políticos ou conexos, não poderia ou deveria ser estendida a crimes comuns praticadas, durante o período de ditadura militar, por agentes públicos, contra opositoristas (OAB, 2008). Dessa forma, a procedência da ação seria motivo de afastamento de um dos mais importantes argumentos a favor da impunidade de agentes por atos violentos

praticados durante o regime militar, de que teriam sido anistiados (RAMOS, 2011, p. 180).

Deve ser pontuado, ainda, que a própria petição da OAB não fez referência à Convenção Americana de direitos humanos, embora a simples menção ao descumprimento dos princípios constitucionais da dignidade humana, da isonomia, direito à verdade e o acesso à justiça pudessem remeter ao Pacto (RAMOS, 2011, p. 183). A OAB limitou-se a mencionar a Declaração Universal de Direitos Humanos e a existência de jurisprudência da Corte Interamericana no sentido da nulidade das leis de autoanistia criminal decretadas por governantes. Caso a entidade peticionadora tivesse mencionado a Convenção, de acordo com André Carvalho Ramos (2011, p. 183) teria sido possível uma análise sob outro aspecto, qual seja:

(...)consequência jurídica da eventual revogação pela Convenção Americana de Direitos humanos da Lei de Anistia, ainda mais que há votos, no STF, a favor da dignidade constitucional de todos os tratados de direitos humanos.

A relatoria da ação foi atribuída ao Ministro Eros Grau. Instada a se manifestar, a Câmara dos Deputados apenas atestou pelo rigor formal para aprovação da lei, enquanto o Senado Federal alegou inépcia da inicial, posto que os efeitos jurídicos da lei foram exauridos no momento de sua promulgação, sob vigência da constituição anterior. A Associação de Juízes pela Democracia foi admitido como *amicus curiae*, afirmando o cabimento da ADPF, ponderando que a interpretação extensiva da Lei de Anistia significaria a legitimação da autoanistia. A Advocacia Geral da União sustentou oralmente pelo não conhecimento da ação em sede preliminar, e pela improcedência em razão do mérito, enquanto que o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil se manifestaram pela procedência da ação (STF, 2010). O Procurador-Geral da República também se manifestou pela improcedência, ainda que houvesse divergência desse posicionamento dentro da própria Procuradoria (RAMOS, 2011, p. 181).

A sessão de julgamento teve participação de nove ministros, não participando os Min. Joaquim Barbosa e Min. Dias Toffoli. Sete dos ministros votaram pela improcedência da ação – Min. Eros Grau – relator, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes, enquanto dois outros votaram pela procedência parcial – Min. Lewandowski e Carlos Britto.

O voto do relator pela improcedência, seguido por seis dos ministros, tem sido alvo de críticas por representar um “aprofundamento da mescla entre a ignorância e o desprezo pelo Direito Internacional público que ainda caracterizam a cultura jurídica brasileira” (VENTURA, 2011, p.199).

O voto do relator, Min. Eros Grau, decidiu pela improcedência da ação, decidindo que uma eventual revisão da lei caberia ao poder legislativo, e não ao STF (STF, 2010, p. 28). Para o autor, a Lei de Anistia trata-se de uma lei-medida, e não uma lei jurídica, em que a primeira é direcionada para regulação de situação específica, com base no contexto social, embora ambas sejam formalmente compatíveis. A lei-medida seria uma decisão política do momento, e não uma regra geral, abstrata (STF, 2010, p.31). Segundo este raciocínio, a “verificação da constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, com relação ao princípio democrático, (...), estaria limitada aos fins políticos almejados no momento da promulgação da norma” (MATOS, 2012, p. 145). Devido a essa natureza, seria indispensável sua interpretação conforme a realidade e no momento histórico em que foi editada, e não com base no momento atual.

Nesta senda, os ministros argumentarem pelo caráter bilateral da lei, já exposto em momento anterior neste trabalho. O ministro Eros Grau acusou a omissão da OAB em trazer a importância do momento político que o Brasil passou na época (STF, 2010, p. 21):

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da lei nº 6.683/79.

Em seu voto, o ministro Cezar Peluso ponderou de forma semelhante, afirmando que (STF, 2010, p. 210):

(...) todos os votos que acompanharam o brilhantíssimo voto do Ministro Relator mostraram que a lei nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional. E era lei como todas as outras editadas no mesmo período (...)

O caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo (...).

E a ministra Ellen Gracie ratificou (STF, 2010, p. 152/153):

Anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, obliúvio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com

vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua. É o objetivo de pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral.

(...) Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização.

Não obstante a necessidade da análise teleológica da lei, para o STF, não seria possível alegar a ilegitimidade da lei por conta de uma eventual ilegitimidade do parlamento que a editou, composta por senadores não eleitos, os senadores biônicos. Para a ministra Carmem Lúcia, contestar a legitimidade da lei com base neste argumento seria um absurdo, e, pela lógica, seria possível contestar a ilegitimidade da própria CF/88, porquanto a existência de parlamentares não eleitos no Congresso ao momento de sua promulgação, o que, para a ministra, é irrazoável (STF, 2010, p.80).

Os ministros trouxeram à discussão a Emenda Constitucional 26/85 e sua função de ratificar o conteúdo na Lei de Anistia de 79 (STF, 2010, p.43-44):

A Lei de Anistia de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, §1º da EC 26/85. Mas estão todos como [re] anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes (...) Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não *recebida* pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re] instaurou em seu ato originário.

(...) A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia.

A Emenda Constitucional 26/85 é a norma jurídica que determinou a abertura do caminho para o fim do autoritarismo no país, posto que foi o veículo responsável pela Convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 (MATOS, 2012, p. 153) e, segundo juízo da Corte brasileira, ao incorporar a Lei de Anistia em seu bojo, atribuiu-lhe o *status* de fundamento da própria ordem constitucional; modificá-la seria repercutir nas bases da Constituição e, por conseguinte, em toda a vida político-institucional pós-1988 (STF, 2010, p. 264).

Para tratar acerca dos crimes de lesa-humanidade e sua imprescritibilidade, o relator fez uso da opinião jurídica de Nilo Batista, ao sustentar que não é cabível costume internacional penal, posto que tal consideração violaria o princípio da legalidade (STF, 2010, p. 37). Celso de Mello explana em seu voto que somente lei interna

poderia ser qualificada, constitucionalmente, como única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa no que tange à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressaltando-se disposições constitucionais em sentido contrário (VENTURA, 2011, p. 213).

Acerca da jurisprudência internacional de direitos humanos, Eros Grau somente mencionou passagem de Nilo Batista que afirma que o precedente favorável da Corte Interamericana à invalidade da lei de anistia (especificamente o caso *Arellano vs. Chile*) seria um “fantasma” (STF, 2010, p. 37). Neste sentido, Celso de Mello comentou apenas que a jurisprudência da Corte Interamericana se estenderia somente a leis de autoanistia, o que não seria o caso do Brasil e ignorando que já há jurisprudência internacional no sentido da invalidade tanto de leis de autoanistia como das leis advindas de “acordos”. Nenhum dos ministros mencionou o caso *Gomes Lund vs. Brasil* sobre a Lei de Anistia brasileira, concomitantemente processado na Corte Interamericana.

Insta lembrar que o Relator se omitiu no que competia o mérito das decisões das Supremas Cortes do Chile e da Argentina, que decidiram pela inaplicabilidade da anistia aos perpetradores das violações. Em ambos os casos, mencionou que esses países superaram a lei de anistia por meio do poder legislativo de cada Estado e não dos judiciários respectivos, nem mesmo a aceitação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (RAMOS, 2011, p. 185).

Nesta toada, reconheceu ainda que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana, contudo, somente em 2002 e exclusivamente para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (STF, 2010, p. 37). Ignorou-se a existência de julgados da Corte no sentido de que o reconhecimento tardio não obsta a sua jurisdição, já que há uma “continuidade” dos crimes de lesa-humanidade enquanto os corpos não forem encontrados (RAMOS, 2011, 184).

Em suma, em nenhum momento, os ministros que acompanharam o voto vencedor relator enfrentaram as existentes disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobre a qual, ressalte-se, a inicial ajuizada pela OAB também se omitiu, se restringindo apenas a mencionar a Declaração Universal de Direitos Humanos. Em alguns votos, ignorou-se obrigações internacionais pactuadas pelo Brasil, limitando-se a delegar a competência para revisão da lei ao poder Legislativo, ainda

que o texto da lei representasse obstáculos à concretização dos direitos humanos (RAMOS, 2011, p.183).

Em suma, o direito internacional dos direitos humanos foi afastado como instrumento de auxílio para interpretação do direito interno; não se mencionaram as obrigações do Brasil, ignorando-se por inteiro a Jurisprudência da Corte (RAMOS, 2011, p. 186).

Em contrapartida, o voto do Ministro Lewandowski, foi o primeiro e único a propor uma necessidade de um “Diálogo das cortes” (RAMOS, 2011, p.190). Em verdade, o Ministro foi o primeiro entre os seus a reconhecer e mencionar documentos como a Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nuremberg, Estatuto de Roma, e, em segundo momento, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, citando seus intérpretes, a Comissão e a Corte Interamericana de direitos humanos. O ministro ainda reconheceu jurisprudência internacional, (STF, 2010, p. 128) ao que propôs:

[...]convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados-Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos neles protegidos, assinalando especialmente que ‘(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias da vida, desaparecimentos forçados], os Estados-Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral n.20) e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações.

O Min. Lewandowski, então, julgou procedente a parte da ADPF que tinha como objetivo a declaração da não recepção do §1º, art. 1º da Lei de Anistia, é dizer, votou pela procedência da questão de maior importância: os agentes do Estado não estariam automaticamente abrangidos pela anistia referida pela lei. Caberia, portanto, uma análise em concreto, *case by case approach* (STF, 2010, p. 123), adotando-se critérios de preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência do STF sobre o tema da extradição, objetivando caracterizar eventual cometimento de crimes comuns, com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos (RAMOS, 2011, p. 195). Essa interpretação admitiria, em segundo momento, a possibilidade de anistia a agentes da repressão, caso comprovado que a conduta era sobretudo política, e os meios,

não atozes. A posição do Ministro seria a mais próxima dos órgãos internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2011, p. 196).

O voto do ministro Ayres Britto, apesar de não suscitar a questão do “diálogo dos tribunais” e não mencionar tratados de direitos humanos ou jurisprudência internacional sobre este mérito, trouxe um ponto importante para a discussão: a impossibilidade de conceder anistia a responsáveis por violações a crimes “hediondos e assemelhados”, previstos no art. 5º, XLIII (crimes hediondos e os que sejam equiparados, entre os quais poderíamos elencar o homicídio qualificado, tortura, estupro etc.) (STF, 2010, p. 146). Para o ministro, a não recepção da lei se dá devido impossibilidade de compatibilizar o caráter de anistia ampla ampla, geral e irrestrita da Lei de Anistia com o texto da CF/88, divergindo, portanto, da posição dos outros ministros do STF.

Como demonstrado pela gama de diferentes abordagens e doutrinas, a anistia ainda suscita uma discussão polêmica pela importância no histórico brasileiro, e pelo impacto sobre as famílias que ainda não obtiveram a justiça que perseguem. Todavia, um outro aspecto deve ser ressaltado: a ADPF 153 representou um fato inédito, pois, pela primeira vez, uma ação que tramitava no STF (com efeito vinculante e *erga omnes*) tinha processamento simultâneo em um processo internacional, com objeto similar em curso, perante a Corte Interamericana (RAMOS, 2011, p. 182).

O caso Gomes Lund já tramitava perante a Corte Interamericana, mas nenhum dos ministros pediu adiamento para aguardar decisão do órgão internacional, que sobreveio menos de um ano depois. Indica-se, portanto, a opção de não utilizar o recurso de “sobrestamento do feito”, deveras utilizado em processos ordinários, para que se garantisse a segurança jurídica (RAMOS, 2011, p. 182). O objeto da ADPF tinha intrínseca correlação ao caso que tramitava perante a Corte, que discutia a responsabilidade internacional por violação a direitos humanos, demonstrando que os Ministros assumiram o risco de adotar uma decisão que poderia conflitar – o que de fato ocorreu – com a decisão da Corte de San José.

#### **4 O CASO GOMES LUND (E OUTROS) V. BRASIL**

O caso Gomes Lund vs. Brasil, sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 24 de novembro de 2010, reacendeu a polêmica acerca do alinhamento do direito internacional com direito interno de cada país, sem impactar na soberania de cada um destes. Ao declarar a invalidade da Lei de Anistia brasileira, por possibilitar a impunidade à agentes estatais responsáveis por crimes praticados durante a ditadura, a decisão da Corte se chocou com a já analisada decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, com através da ADPF 153, declarou a constitucionalidade da lei, em 10 de abril de 2010. Enquanto a decisão do Tribunal impõe a investigação, persecução penal e punição dos agentes, a sentença da Corte brasileira indica a direção oposta, em desacordo com a determinação do órgão internacional.

Em 1980, familiares de desaparecidos buscaram a região do Araguaia em busca de sobreviventes, sem qualquer auxílio ou informação oficial para que se soubesse do paradeiro de quem habitava na região à época. Buscaram ainda informações a respeito de prováveis locais de sepultamento dos restos mortais de parentes, encontrando indícios de corpos enterrados e valas clandestinas (BRASIL, 2007, p. 200). Em 1982, foi interposta perante a Justiça Federal uma ação civil ordinária<sup>11</sup>, com o objetivo de obtenção de informações sobre paradeiros e circunstâncias dos desaparecimentos, requerendo a identificação e entrega dos restos mortais, caso as vítimas não estivessem mais vivas (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 257).

Durante os anos subsequentes, foram promovidas diversas escavações na região, sendo encontrada duas ossadas: de uma jovem mulher e de um homem idoso. Posteriormente, foi identificada a ossada da jovem mulher como Maria Lúcia Petit da Silva, em 1996 (BRASIL, 2007, p. 200).

Diante da mora excessiva na tramitação do processo na Justiça Federal, no dia 07/08/1995, o Centro pela Justiça e Direitos Humanos (CEJIL) e o Human Rights Watch, em nome de parentes de desaparecidos na Guerrilha do Araguaia,

---

<sup>11</sup> A Ação Civil Ordinária nº 475-06.1982.4.01.3400 (numeração anterior: 82.00.24682-5), Julia Gomes Lund vs. União Federal. 19/02/1982. TRF da 1ª região. Essa ação tramitou na Justiça Federal por 25 anos. Entre a inicial e o trânsito em julgado, houve a interposição de instrumentos protelatórios, ratificando a denegação da justiça, tanto pelos atos quanto pela omissão do Estado.



peticionaram diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acompanhados, posteriormente, pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, o Grupo Tortura Nunca Mais-RJ e Ângela Harkavy, irmã de um dos desaparecidos (MORAES, 2011, p. 92).

Em março de 2001, o Relatório de Admissibilidade nº 33/01 foi expedido pela Comissão, que declarava admissível o caso nº 11.552, com relação à suposta violação dos arts. 4º, 8º, 12, 13 e 25<sup>12</sup>, em concordância com o art. 1º.1 presentes na Convenção Americana, bem como dos arts. I, XXV e XXVI<sup>13</sup> da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem (MOURA; ZILI; MONTECONRADO, 2010, p. 179).

A denúncia tramitou exaustivamente na Comissão<sup>14</sup>, e em 31.10.2008, publicou o Relatório de Mérito 91/08, entendendo que (COMISSÃO, 2013b):

Que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e desapareceu os membros do PCdoB e os camponeses listados no parágrafo 94 deste Relatório. Além disso, a CIDH conclui [u] que, em virtude da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por estes desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos.

No relatório, de teor sigiloso<sup>15</sup>, a Comissão fez uma série de recomendações ao Estado brasileiro, de forma a evitar o processo na Corte (WEICHERT, 2009, p. 159). Notificado acerca de prorrogações sobre ações realizadas para adotar as providências, deixou transcorrer os prazos concedidos, sem “implementação satisfatória” (MORAES, 2011, p. 93).

---

<sup>12</sup> 4º - direito à vida; 8º - garantias judiciais; 12 – liberdade de consciência e religião; 13 – liberdade de pensamento e de expressão; 25 – proteção judicial; 1º - obrigação de respeitar direitos.

<sup>13</sup> I – direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade da pessoa; XXV – direito de proteção contra prisão arbitrária; XXVI – direito a processo regular.

<sup>14</sup> As principais etapas do processo se destacam: 1996 – A Comissão impulsiona uma tentativa de promover um acordo amistoso entre as partes, reconhecendo, portanto, a responsabilidade do Estado, que negou e se retirou da negociação. Realizaram-se ainda duas audiências na Comissão para impulsionar a admissibilidade do caso, e o relatório final foi expedido em 2001. Em 2006, foram apresentadas as razões finais dos representantes das vítimas, que entenderam devido requerer uma audiência temática perante a Comissão em outubro de 2008, esclarecendo todas as consequências da Lei de Anistia brasileira. Logo em seguida, a Comissão aprovou o Relatório Final (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 258).

<sup>15</sup> Artigo 50.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, cerca de 13 anos após a denúncia à Comissão, esta procedeu ao envio da demanda para a Corte, em 26 de março de 2009 (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 258) e invocou a “copiosa jurisprudência da Corte contrária às leis de anistia, e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos” (RAMOS, 2012a, p. 92).

A Corte Interamericana prosseguiu com etapas regulares<sup>16</sup>, e em 20 e 21 de maio de 2010, realizou-se audiência pública na sede da Corte. Em 24 de novembro de 2010, a Corte proferiu sentença do caso, na qual afastou as preliminares arguidas pelo Estado brasileiro e enfrentou o mérito da causa, concluindo pela parcial procedência dos pedidos feitos pela Comissão e pelos representantes das vítimas.

## 4.1 DAS ALEGAÇÕES

### 4.1.1 Da denúncia

A demanda, de acordo com a petição ajuizada diante à Corte (Comissão, 2013b), tinha como objeto a responsabilização do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do PC do B e camponeses da região do Araguaia, como resultado de operações do Exército brasileiro realizadas entre 1972 e 1975, com o objetivo de eliminar a Guerrilha do Araguaia durante o período militar.

Segundo a petição inicial da Comissão, o Brasil deveria ser processado e julgado pela Corte porque o Estado não procedeu a uma investigação penal que objetivasse o julgamento e a aplicação de sanções aos responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e pela execução de Maria Lucia Petit da Silva, fundamentado na Lei 6.683/79, promulgada durante o regime militar (COMISSÃO, 2013b).

Deveria haver o processamento também pela inefetividade dos recursos judiciais em garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o devido acesso à

---

<sup>16</sup> Escrito de petições, Argumentos e Provas dos Peticionários, recebidos pela Corte em 18/07/2009. Contestação do Brasil recebida em 19/11/2009. Alegações finais da Comissão Interamericana e do Estado brasileiro em 21/06/2010. Alegações finais dos peticionários em 22/06/2010 KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 258-9); (MORAES, 2011, p. 97).

informação sobre os acontecimentos, além das medidas legislativas e administrativas adotadas que obstaram o mesmo direito. Por fim, que houvesse o reconhecimento pela Corte que todos os obstáculos impostos para acesso à informação, justiça e verdade, além da impunidade dos envolvidos no episódio significaram uma afronta à integridade pessoal e psíquica da família e dos desaparecidos (COMISSÃO, 2013b).

Especificamente (CORTE, 2010);

A Comissão solicita ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção.

Como consequência da condenação, a Comissão (2013b) solicitou que a Corte ordenasse ao Brasil:

- a) Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei No 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade;
- b) Determinar, (...) uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. (...);
- c) (...) sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; Fortalecer, (...)
- d) Outorgar uma reparação aos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos (...)
- e) Tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos.

Assim, a ação perante a Corte Interamericana não tinha como objetivo primário a análise ou interpretação do sentido da Lei de Anistia brasileira, mas determinar a responsabilização do Estado e de cada um dos perpetradores de crimes violadores de direitos humanos. A declaração da invalidade da Lei de Anistia, portanto, não era o objetivo da ação, mas pressuposto para que se procedesse à responsabilização dos agentes estatais.

#### 4.1.2 Da defesa do Estado

Em sua defesa, o Estado suscitou quatro exceções preliminares: a incompetência *ratione temporis*<sup>17</sup> da Corte; a incompetência da Corte diante da falta de esgotamento de recursos internos; a falta de interesse processual dos representantes e a regra da quarta instância com relação à ADPF 153. Relativamente ao mérito, o Brasil solicitou que o Tribunal internacional reconhecesse todas as ações empreendidas no âmbito interno, julgando improcedente os pedidos da Comissão e dos representantes (MORAES, 2011, p. 98).

Inicialmente, o Brasil suscitou que “os temas ventilados na demanda estão vivos na sociedade brasileira, portadora de uma vontade coletiva de entendimento e conciliação”, e que “o conjunto de vozes, escutados pelas instituições públicas e democráticas (...) ensejaram o amplo leque de respostas estatais” (BRASIL, 2010).

O Estado ainda argumentou que a anistia tinha como objetivo facilitar o processo de transição, buscando meios alternativos à persecução penal para se alcançar a reconciliação nacional, como forma de adequar a necessidade de justiça e paz, como por meio de instauração de comissões da verdade (BRASIL, 2010).

Reconheceu-se o entendimento da Comissão e a jurisprudência da Corte no que tange a leis de anistia, porém, deveria ser considerado que o momento vivido pelo Brasil é específico, bem como foi sua transição, o que justificaria uma leitura diferenciada da lei brasileira (BRASIL, 2010).

Em audiência pública, o Estado reconheceu sua responsabilidade por todas as violações de direitos humanos ocorridas durante a Guerrilha do Araguaia. Não obstante, ressaltou todas as medidas adotadas judiciais e extra-judiciais, como a lei nº 9.140/95, na qual o Brasil não somente reconheceu sua responsabilidade pelos desaparecimentos forçados de opositores políticos durante o período da ditadura, como concedeu reparação pecuniária aos parentes de mortos e desaparecidos políticos. Ressaltou ainda a instituição da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que tiveram como resultado o livro-relatório “Direito à Memória e à Verdade”. O Estado, em cumprimento à Ação Ordinária nº

---

<sup>17</sup> Incompetência da Corte para julgar fatos ocorridos antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil, ou seja, anteriores a 10 de dezembro de 1998.

82.00.024682-5, diligenciou a criação do Grupo de Trabalho Tocantins, com o objetivo de coordenar e executar medidas necessárias para a localização, reconhecimento e identificação de restos mortais de combatentes e de militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia (MORAES, 2011, p.98).

Assim, argumentou que já houve a responsabilização do Estado, na medida em que procedeu ao pagamento das indenizações devidas, em auxílio pelas medidas de resgate à memória das vítimas, não sendo possível, contudo, a responsabilização penal individual de agentes estatais, diante da existência da Lei de Anistia brasileira. De acordo com o Estado, não é cabível a responsabilização penal destes, em observância aos princípios da legalidade e da anterioridade penal, sem deixar de alegar, ainda, a prescrição de eventual pretensão punitiva (MORAES, 2011, p. 99).

#### **4.1.3 Das alegações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

A Comissão, instada a se manifestar, refutou a argumentação apresentada pelo Estado e reafirmou a competência da Corte. Isto porque a ação tinha como objeto a responsabilização por atos que persistem após o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Internacional, como casos de desaparecimento forçado (MORAES, 2011, p.99). Ressaltou que a ADPF 153 é posterior ao Relatório de Admissibilidade nº 33/01, e que as demais ações não possuem decisão definitiva ou não foram integralmente cumpridas.

Para a Comissão, apesar de das alegações do Estado acerca das providências adotadas em relação às recomendações do Relatório de Mérito 91/08, algumas medidas ainda estão pendentes de execução, quais sejam, assegurar-se que a Lei de Anistia nacional não continue a representar um óbice à persecução penal de responsáveis por graves violações aos direitos humanos; determinação, pela jurisdição comum, da responsabilização penal pelos desaparecimentos forçados dos guerrilheiros e a sistematização e publicação de todos os documentos referentes às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia (CORTE, 2010).

Reforçou-se também o argumento da natureza de crime contra a humanidade dos desaparecimentos forçados. Indicou-se que, excetuados alguns casos primários de prisão e tortura, todos os combatentes do Araguaia detidos desapareceram, e que

os autores desses crimes ocultaram as provas dos delitos e restaram impunes. Ainda mais, houve a criação de um “limbo jurídico”, criado através da negativa estatal de reconhecer que as vítimas estavam sob sua custódia ou através de fornecimento de informações contraditórias, o que impossibilitou o exercício de direitos das vítimas e relegando os familiares a uma posição de “vazio informativo sobre o paradeiro ou situação” (MORAES, 2011).

Para a Comissão, embora sejam notáveis os esforços do Estado, inclusive pelo reconhecimento da responsabilidade pelos desaparecimentos forçados e o pagamento de indenizações, os familiares continuaram impedidos de obter informações mínimas sobre o paradeiro dos guerrilheiros (CORTE, 2010).

#### **4.1.4 Da argumentação dos representantes**

As solicitações dos representantes não somente reiteraram o pedido da Comissão como reforçaram que o aniquilamento do Araguaia foi uma faceta de um governo baseado na repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do governo militar, se tornando um dos episódios mais sanguinolentos (MORAES, 2011). Desta forma, solicitou-se ao Tribunal que fosse declarada a responsabilidade agravada do Estado, sendo passível a aplicação de consequências jurídicas por ela acarretadas, bem como pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade, à vida, à integridade e às liberdades pessoais, todos estes referenciados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE, 2010).

Afastados os argumentos da Lei de Anistia, da prescrição e da intervenção da Justiça Militar, sustentaram que a não tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito interno significa o descumprimento, pelo Estado, de observar e efetivar os deveres assumidos por este ao ratificar a Convenção Americana. Indicou que esse descumprimento não se restringe aos artigos 3º, 4º, 5º, 7, 8 e 25 em conjunto com o 1º.1, mas notadamente ao artigo 2º, que determina o dever de adotar disposições no ordenamento interno para tornar efetivos os direitos e garantias previstos no diploma como o direito à vida, à integridade, além das garantias judiciais. Os representantes argumentaram que o Brasil deve aplicar o

Direito Penal de forma compatível com suas obrigações convencionais, evitando-se a impunidade por estas condutas. Assim, a Corte deveria reconhecer que a sanção à conduta pode ser fundamentado em regra de *jus cogens*<sup>18</sup>.

## 4.2 SENTENÇA

Em 24.11.2010, a Corte Interamericana prolatou a sentença de mérito, quando condenou, unanimemente, o Estado brasileiro, com voto concordante do juiz *ad hoc* Roberto Caldas, indicado pelo Brasil (RAMOS, 2012a, p. 94).

A Corte refutou todas as preliminares. Em relação à incompetência temporal, o Tribunal considerou a data de reconhecimento da competência pelo Estado, os termos em que se deu a submissão, bem como o princípio da irretroatividade, conforme o artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados. Assim, como alegado pelo Brasil, a Corte reconheceu sua competência para fatos ocorridos posteriormente a 10 de dezembro de 1998, data do reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado brasileiro, e excluiu de seu julgamento a suposta execução de Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996.

Todavia, acolheu a alegação da Comissão e dos representantes ao considerar que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante o período em que o fato continua, ou seja, os *status* de “paradeiros desconhecidos” das outras vítimas estão sob a jurisdição da Corte por se tratarem de crimes continuados no tempo, prolongando-se para além de 1998. Os atos do Estado, também posteriores à ratificação da Convenção instauradora da Corte, como imposição de óbices ao acesso à verdade, informação etc. também poderiam ser devidamente apreciadas pelo órgão (CORTE, 2010).

Acerca do argumento da existência de recursos internos ainda possíveis antes de demandar à Corte em decorrência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, a Corte decidiu que esta não era uma ferramenta disponível às vítimas, vez que não restava regulamentada no momento da interposição da

---

<sup>18</sup> O *jus cogens* neste caso, para os representantes, seria o dever de punir crimes contra a humanidade.

denúncia perante a Comissão, e que os familiares não poderiam utilizá-lo, já que a legitimação para interposição da ação se restringia a funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais<sup>19</sup>. Da mesma forma, o instrumento não se adequava à necessidade dos familiares das vítimas, posto que o objeto da ADPF é evitar ou reparar possível lesão a norma fundamental, e o real objetivo das famílias era a reparação das violações alegadas, bem como o esclarecimento dos fatos ocorridos, determinar responsabilizações individuais e determinar o paradeiro de supostas vítimas (MORAES, 2011).

Já acerca da ação ordinária 82.00.024682-4, ajuizada em 1982, a Corte considerou que havia mora excessiva, posto que em 2001, quando do oferecimento da denúncia à Corte, a ação tramitava na justiça brasileira há dezenove anos e sem decisão definitiva, obstando o acesso à justiça (CORTE, 2010).

Da alegação da impossibilidade de recorrer à quarta instância, em referência à eventual reforma da decisão na ADPF 153, o Tribunal frisou que a Comissão não demandou perante a Corte com vistas a revisar a sentença da Corte brasileira, decisão que nem ao menos existia quando a demanda foi inicialmente protocolada. Em verdade, a situação que se coloca é em contrário, posto que o objeto da demanda é responsabilizar o Estado por eventuais violações de dispositivos internacionais, por força dos preceitos da Convenção Americana, em detrimento das vítimas. Dessa forma, não se analisa a inconstitucionalidade da Lei de Anistia, mas um “controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana” (CORTE, 2010).

#### **4.2.1 Das violações ao Pacto de San José da Costa Rica**

O juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas iniciou seu voto concordante com a sentença da Corte indicando as razões pelas quais o Brasil foi julgado, quais sejam, “o desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas”; “aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes”; “ineficácia das ações judiciais não penais”; “falta de acesso à

---

<sup>19</sup> Conforme artigo 103 da CF/88.



informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executadas”; “falta de acesso à justiça, à verdade e à informação” (CORTE, 2010, p. 119/120).

A sentença reafirmou o entendimento<sup>20</sup> da Corte no sentido da gravidade do crime de desaparecimento forçado, assim como acerca do caráter continuado ou permanente deste crime, que considera iniciar com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informações sobre seu destino, permanecendo enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine definitivamente sua identidade. Para o Tribunal, resta agravado o crime quando este pertence a “um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado” (CORTE, 2010, p. 38).

A Corte reafirmou a consolidação internacional do crime de desaparecimento forçado, tanto pela definição da Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado<sup>21</sup> quanto por definições similares, que salientam elementos simultâneos e constitutivos do desaparecimento forçado como a “privação de liberdade; a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, bem como a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada” (CORTE, 2010, p. 39). A Corte concluiu afirmando que “a prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano em Direitos Humanos, e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*” (CORTE, 2010, p. 40).

O Tribunal indicou a ausência de controvérsias acerca do desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia, bem como da responsabilidade estatal nesta questão. Contudo, apontou discrepância acerca ao número de vítimas. Por isso, determinou que no prazo de 24 meses, contados da notificação da sentença, se aportasse prova suficiente para permitir identificação pelo Estado, e, caso fosse a situação, considerá-los vítimas, com direito às medidas reparatórias pertinentes (MORAES, 2011).

---

<sup>20</sup> Caso Velásquez Rodríguez; Caso Chitay Nech e outros; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña.

<sup>21</sup> A definição, de acordo com a convenção, refere que “Entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou recusa reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes” (CORTE, 2010, p. 38).

Para a Corte, o Estado deve adotar medidas positivas para garantir o reconhecimento de direitos reconhecidos pela Convenção, e, dentre essas medidas, se encaixaria a obrigação de investigar violações de direitos humanos. Afirmou que o dever de investigar é dever de meio, e não de resultado, contudo, não deve ser adotado como mera formalidade. Dessa forma, as autoridades estariam incumbidas a adotar, *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva (CORTE, 2010, p. 51).

Dando seguimento ao mérito, a Corte considerou que exigir responsabilidade dos autores de violações aos direitos humanos é um dos elementos essenciais para garantir uma reparação eficaz para as vítimas, bem como um “fator fundamental para assegurar um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, favorecer a promoção da reconciliação e estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas de situação de conflito ou pós conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição” (ONU, 2013c).

A sentença então discorreu acerca da incompatibilidade das leis de anistia relativas a graves violações dos direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados, ressaltando, inclusive, jurisprudência da Corte neste sentido, destacadamente nos casos relativos ao Peru (*Barrios Altos e La Cantuta*) e Chile (*Almonacid Arellano*) (CORTE, 2010, p. 54).

A Corte indicou que leis de anistias ou normas análogas foram consideradas inadmissíveis no âmbito universal, como pelo Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia em casos relativos a tortura. Considerou que seria incoerente, por um lado manter a proscrição das violações graves dos direitos humanos e, por outro, aprovar medidas estatais que as autorizem ou perdoem, ou leis de anistia que absolvam seus perpetradores (CORTE, 2010, p. 58). Recentemente, altos tribunais de justiça de diversos Estados tem incorporado o entendimento internacional, reconhecendo e observando de boa fé as obrigações internacionais. A Corte Suprema da Argentina, como exemplo utilizado, resolveu declarar sem efeito as leis de anistia do país, que constituíam óbice para a investigação, julgamento e possível condenação dos fatos que implicavam violações dos direitos humanos (CORTE, 2010, p. 59).

A sentença constatou então que a prática reiterada de órgãos e tribunais indicam jurisprudência semelhante à Corte interamericana (CORTE, 2010, p. 64):

Todos os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, e diversas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

Consagrou-se, portanto, a proibição da proteção deficiente, que decorre do dever do Estado de defender os direitos fundamentais, assim como do mandado de proporcionalidade (exigência de que a tutela seja necessária, adequada e eficaz) (MORAES, 2011). Assim, com base no caso *sub judice*, analisando a proporcionalidade e a gravidade das violações, surge o imperativo de proteção de caráter jurídico-penal<sup>22</sup>.

A Corte rechaçou o argumento do “acordo político”, frisando que a incompatibilidade de anistias com a Convenção Americana não se restringe a “autoanistias”, mas a qualquer lei que oportunize a impunidade a perpetradores de graves crimes contra direitos humanos (CORTE, 2010, p. 65). Não caberia, portanto, afirmar que o caráter “bilateral” da lei a diferencia. Isto porque, ainda que opositores do regime ditatorial sejam beneficiados pela Lei de Anistia, a invalidade desta está na possibilidade de conceder a impunidade a violadores de direitos humanos, se tornando, por conseguinte, norma em desacordo com as convenções internacionais, *in casu*, com a Convenção Americana, notadamente nos artigos 8 e 25, conjugados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção (CORTE, 2010, p. 65).

O Tribunal reconheceu que as autoridades internas estão sob o “império da lei” e estão sujeitos a aplicar disposições vigentes do ordenamento jurídico interno; todavia, ressaltou o dever do judiciário de cada país a realizar um controle de convencionalidade, com vistas a garantir o zelo por obrigações internacionais contraídas pela participação em tratados. A Corte então afirmou que “o poder judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana”, e não somente de acordo com a literalidade do tratado, mas “deve levar em conta (...)

---

<sup>22</sup> Termo explicado pela Corte Interamericana e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos como um dever explicado por meio da doutrina das *positive obligations* (obrigações positivas), que é a soma de ações necessárias para que se efetivem direitos humanos: não só uma legislação adequada que desencoraje a violação a liberdades fundamentais, mas também uma atuação efetiva na investigação dos fatos e, de acordo com o caso concreto, sancionar penalmente autores de crimes que violem os direitos e liberdades (MORAES, 2011, p. 104).

a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (CORTE, 2010, p. 66).

A jurisprudência do Tribunal já indicava que o direito à liberdade de pensamento e de expressão abrange também a liberdade de buscar informações<sup>23</sup>, bem como o direito de acesso a justiça compreende o conhecimento da verdade por familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos (CORTE, 2010, p. 77).

Assim, não pode o Estado escusar-se em mecanismos como segredo de Estado ou confidencialidade da informação, interesse público ou segurança nacional para deixar de fornecer as informações requeridas por autoridades judiciais ou administrativas designadas a investigar as violações de direitos humanos (CORTE, 2010, p. 77) sob pena de violação ao artigo 13 da Convenção Americana. Do mesmo modo, ao se tratar da investigação de fato cabível de punição, a decisão de qualificar como “sigilosa” a informação e negar seu fornecimento não pode depender unicamente de um órgão estatal a cujos membros seja atribuída a prática do determinado ato ilícito, sendo impossível, tampouco, ficar sujeita à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação requisitada (CORTE, 2010).

Ao analisar o acesso à justiça, a Corte ponderou que este direito implica no julgamento em prazo razoável, que, para essa determinação de razoabilidade, depende de quatro elementos-núcleo: complexidade do assunto; atividade processual do interessado; conduta das autoridades judiciais e afetação provocada na situação jurídica da pessoa implicada no processo (CORTE, 2010, p. 82-3).

Assim, a Corte considerou que o atraso nas ações ajuizadas internamente não se justificavam em função da complexidade do assunto, mormente na ação ordinária que visava ao acesso aos documentos sigilosos das operações no Araguaia, incidindo o país em violação aos artigos 8.1, em relação ao artigo 13 e 1.1 da Convenção, que preservam o direito às garantias judiciais.

---

<sup>23</sup> “O direito à liberdade de pensamento e de expressão não compreende apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito de buscar, receber ou divulgar informações e ideias de toda índole” (CORTE, 2010, p. 75). Caso *López Alvarez versus Honduras*, Caso *Claude Reyes e outros versus Chile*.

#### 4.2.2 Pontos resolutivos da sentença

A Corte concluiu o julgamento, entendendo que os dispositivos da Lei de Anistia brasileira que configuram óbice para a investigação e aplicação de sanções aos violadores de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação, identificação ou punição dos suspeitos (CORTE, 2010, p. 114).

Julgou ser o Estado responsável pelo desaparecimento forçado e, dessa forma, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (conforme os artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo documento). Para o tribunal, o Brasil descumpriu ainda a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, presente no artigo 2, relacionados aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. Responsabilizou o país pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 pela falta de investigação dos presentes fatos, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas (CORTE, 2010, p. 114).

Atribuiu ao país a responsabilidade pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrados no artigo 13 da Convenção, relacionados aos artigos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção pelo obstaculizar o direito de buscar e de receber informação, como do direito de saber a verdade dos fatos.

Para a Corte, houve violação ainda do artigo 8.1, que consagra as garantias judiciais, relacionados aos artigos 1.1 e 13.1 da Convenção por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária e pela violação do 5.1 e 1.1, por violar o direito à integridade pessoal dos desaparecidos (CORTE, 2010, p. 114).

Com base no artigo 63.1<sup>24</sup> da Convenção Americana, o Tribunal indicou que violações a obrigações internacionais que provoquem danos compreendem o dever

---

<sup>24</sup> Artigo 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.

de reparação adequada ao caso, e que essa norma constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional sobre a responsabilidade de um Estado. (MORAES, 2011, p. 106). Assim, indicou como lesionados, tanto pelas ações como pelas omissões do Estado, as vítimas dos desaparecimentos forçados e seus parentes, reconhecendo cabível, ainda, danos morais e materiais, fixando indenizações, baseando-se na equidade, em favor de cada um dos familiares reputados vítimas pela sentença. Determinou, ainda, o custeamento de tratamento psicológico para os familiares das vítimas (MORAES, 2011).

Determinou publicação e divulgação da condenação pela Corte, havendo veiculação da sentença no Diário Oficial e em endereço eletrônico estatal, além de realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional (CORTE, 2010, p. 115).

Considerou, ainda, se tratar de obrigação estatal em determinar as responsabilidades penais decorrentes das violações ocorridas e aplicar efetivamente as sanções e consequências devidas, segundo o procedimento: que seja determinada a responsabilidade dos autores materiais e intelectuais dos desaparecimentos forçados e de execução extrajudicial, sendo defeso aplicar a Lei de Anistia ou qualquer outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade penal, coisa julgada *ne bis in idem* ou qualquer outra excludente similar, por se tratar de crimes graves, violadores de direitos humanos, e de caráter permanente/continuado. Deve-se ainda assegurar que as autoridades competentes realizam investigações necessárias, com total acesso a documentos e informações pertinentes, com a devida autorização de participação dos familiares das vítimas (MORAES, 2011).

Finalizando, a Corte determinou que o Estado adote, dentro de período de tempo razoável, medidas para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, conforme ditames internacionais. E, enquanto o país não adotar essas disposições, deve procurar cumprir todas as medidas possíveis dentro do direito interno, com intuito de garantir o efetivo julgamento e eventual punição cabível, pela execução de fatos que levaram ao desaparecimento forçado.

### 4.3 CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

O desafio que se põe é, de fato, o cumprimento integral das disposições da sentença; conciliar uma aparente antinomia entre a determinação da Corte e a decisão do STF, no tocante da ADPF 153.

Inicialmente, cabe diferenciar a sentença internacional da sentença estrangeira, que possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. A homologação de sentenças estrangeiras, após o advento da EC 45/2004, passou a ser competência reservada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme as disposições do art. 105, I, <sup>25</sup> da CF/88, e é um mecanismo de cooperação judicial entre Estados (GRECCO FILHO *apud* RAMOS, 2012a, p. 99). Por outro lado, a decisão internacional, a rigor, não precisaria de qualquer norma que disciplinasse seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, por advir de um órgão pertencente à estrutura de um organismo internacional do qual o Brasil faz parte (SANTOS, 2011, p. 286).

Sob este lume, decisão estrangeira distingue-se da internacional por ser prolatada por órgão integrante da estrutura institucional de outro Estado, fundamentada no Direito estrangeiro (SANTOS, 2011, p. 287) e submetido à soberania deste (MAZZUOLI, 2012), enquanto a internacional emana de tribunal internacional com jurisdição sobre o Estado-parte no processo internacional, com base no Direito Internacional (SANTOS, 2011).

Não cabe, portanto, concluir que sentença estrangeira é gênero, que abarque qualquer decisão não nacional. Seria um equívoco entender que não importa a fonte da decisão, fosse tribunal estrangeiro (pertencente à estrutura judiciária de outro Estado) ou internacional (pertencente a uma organização internacional), posto que somente tribunais internacionais conhecem questões jurídicas insuscetíveis de decisão pela jurisdição nacional (BROWNLIE, 2008).

Feita a distinção, cabe apontar que o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte interamericana em 1998, e desde então, todas as sentenças são, para o Brasil,

---

<sup>25</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

vinculantes (BORGES, 2011, p. 259), com força constitucional<sup>26</sup> (RAMOS, 2012a, p. 100), de eficácia imediata, devendo ser cumpridas de plano (MAZZUOLI, 2012, p. 913).

De acordo com o art. 68<sup>27</sup> da Convenção americana, existem duas regras gerais de execução de sentenças exarada pela Corte, quais sejam, a dependência da normatividade interna e a inovação do sistema interamericano. A primeira regra delega a cada Estado escolher a melhor forma de execução das determinações da sentença, e a segunda, a possibilidade de utilização de normas internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado para executar a parte indenizatória do disposto pela Corte (RAMOS, 2012b, p. 356).

Da perspectiva brasileira, o caso Gomes Lund determinou uma série de indenizações pecuniárias às vítimas que devem ser atendidas. Embora anteriormente fosse necessária criação de diploma legal específico para pagamento de indenização às vítimas, hoje já se observa sensível evolução do tratamento desta regra. Isso porque já há previsão orçamentária para pagamentos ordenados pela Corte, que devem ser cumpridos pelo Poder Executivo. A lei 12.214/10 repetiu previsão de lei anterior, que dispôs expressamente acerca de dotação específica “para pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio de adesão a tratados internacionais dos direitos humanos” (RAMOS, 2012b, p. 356). Restou vencida dessa forma, o anacronismo da regra antecedente.

No que tange o cumprimento de obrigações extrapecuniárias, o país tem liberdade para escolher os meios de execução. Essa preocupação é crescente na América Latina, posto que diversos países, por exemplo, o Brasil, não possuem sistema próprio para execução das sentenças internacionais. As *enabling legislations* ou legislações domésticas de implementação de disposições de sentenças internacionais advindas de órgãos protetivos de direitos humanos são raras, sendo

---

<sup>26</sup> Para Ramos, a força constitucional dos tratados reside no art. 7º do ADCT “Art. 7º - O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” E questiona “Do que adiantaria a Constituição chegar a mencionar expressamente um tribunal internacional de direitos humanos se fosse autorizado constitucionalmente a qualquer autoridade brasileira ignorar seus comandos ou os precedentes deste mesmo Tribunal?” (RAMOS, 2012b, p. 355).

<sup>27</sup> Art. 68 – 1. Os Estados-partes na Convenção americana comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso que forem partes.

2. 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.



necessário pontuar que a Colômbia e o Peru são exceções notáveis, e ainda assim, com reservas (RAMOS, 2012b).

No Brasil desde o ano de 2000, tramitam no Congresso diplomas normativos com vistas a implementar as determinações de sentenças internacionais, e a dificuldade de sua aprovação aponta para a árdua tarefa da futura lei, que intenta parametrizar não somente o pagamento de indenizações, mas também as execuções das obrigações de fazer e não fazer. Essas últimas determinações são especialmente complicadas devido a diversas possibilidades que podem ser apresentadas pela Corte, como soltura imediata (Caso *Tamayo*), livramento condicional de preso (Caso *Maqueda*), abertura de posto escolar e posto médico (Caso *Aloebotoe*), não aplicação de leis de anistia (Caso *Barrios Alto*, Caso *Almonacid*, Caso *Gomes Lund*), ou ainda a obrigação de investigar e eventualmente aplicar sanções a violadores de direitos humanos (Caso *Velásquez Rodríguez*, Caso *Damião Ximenes*, Caso *Gomes Lund*) (RAMOS, 2012b, p. 359).

O projeto de lei n. 4.667 de 2004, de autoria do deputado federal José Eduardo Martins Cardozo foi alterado pelo então relator do projeto, Orlando Fantazzini. As importantes alterações indicaram o caráter vinculante das decisões e das recomendações internacionais, no que se referem a direitos humanos, bem como previsão da criação de órgão específico para acompanhar o cumprimento das decisões judiciais (previsão esta que gerou discussões acerca da constitucionalidade). Todavia, foi aprovado em 2010 um substitutivo do deputado federal Luiz Couto, que rejeitou as alterações de Fantazzini. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2010 e enviado ao Senado Federal (CÂMARA, 2013).

A expectativa é que diante da apreciação do Senado, o projeto passe a contemplar, expressamente, a indispensabilidade do cumprimento imediato e com força *erga omnes* de todas as obrigações internacionais impostas pelos órgãos internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil já reconheceu jurisdição (RAMOS, 2012b, p. 361).

Todavia, essa exposição no que tange a obrigações de fazer e não fazer refere-se a adoção de leis futuras que venham a contemplar o cumprimento de sentença da Corte. Apresenta-se, atualmente, a necessidade de discutir a implantação da sentença do caso *Gomes Lund* e em casos existentes até a efetiva vigência de tal

diploma, em que pese o caráter imediato e vinculante das sentenças prolatados pelo órgão.

Para fins de enriquecimento teórico, cabe trazer à discussão uma eventual negativa brasileira em cumprir parcialmente a sentença do tribunal, na hipótese de colisão com decisão interna.

Para sustentar a posição negacionista, exigir-se-ia do STF a declaração da inconstitucionalidade do art. 68 da Convenção Americana, ou, ao menos, a interpretação constitucional restritiva desse dispositivo (RAMOS, 2012a, p. 100).

Como consequência, o Brasil estaria limitado no compromisso de cumprir, em respeito à boa fé, as determinações da Corte interamericana, pois só poderia executar decisões que estivessem de acordo com a interpretação nacionalista do STF. Assim, faltaria sentido a garantia dos direitos humanos em sede internacional, e o país seria obrigado a rever o reconhecimento da jurisdição da Corte, posto que só poderia acatar suas deliberações caso estas estivessem em consonância com o ordenamento interno, o que as tornariam “supérflua[s] se repetisse[m] o STF; inócua[s] se o contrariasse[m]” (RAMOS, 2012a, p. 101).

Já há registro de tentativa de denúncia exclusivamente do ato de reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, tentada pelo Peru, todavia, este ato foi considerado “cláusula pétrea” do sistema interamericano, e o país teve que se submeter às determinações da Corte. Até porque essa renúncia representaria uma diminuição no rol de direitos adquiridos pelo indivíduo, representando um verdadeiro retrocesso na proteção dos direitos humanos; retrocesso este proibido pelo art. 29<sup>28</sup> da Convenção Americana (RAMOS, 2012a).

Não obstante, o Brasil poderia optar pela denúncia da Convenção por inteiro, todavia, restaria obrigado às sentenças da Corte em relação a casos propostos com

---

<sup>28</sup> Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

base em fatos ocorridos em até um ano após o marco denunciatório<sup>29</sup> (RAMOS, 2012a).

Ainda assim, para a parte da doutrina que atribui a tratados internacionais caráter materialmente constitucional, a Convenção não poderia ser denunciada com base no princípio da proibição do retrocesso, por fazer parte do núcleo de cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro, ao compor direitos e garantias individuais. Dessa forma, até mesmo a denúncia brasileira de toda a Convenção restaria impedida pelo caráter conferido aos direitos humanos no Brasil (RAMOS, 2012a, p. 102).

Partindo do entendimento que, ainda que realizada a denúncia da Convenção, o Brasil continuaria obrigado às determinações da Corte anteriores à este ato, deve-se proceder à uma análise da conciliação entre a decisão do caso Gomes Lund e da ADPF 153.

Do surgimento do internacionalismo do direito, há a evolução do princípio do *domestic affair* (da não ingerência) para o princípio do *international concern*, significando que o “gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais, passa a ser verdadeira *questão de direito internacional*”. Assim, há cria-se uma interdependência entre o direito internacional e o direito interno, para dar vida e força a todas as previsões relativas à proteção dos direitos humanos, harmonizando as previsões locais e internacionais (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 56).

Na mesma esteira, Ramos (2012b, p. 31) indica que o internacionalismo fora acompanhado pelo universalismo dos direitos humanos, disseminado pela adoção pelos Estados de texto idêntico de direitos humanos previstos nos tratados ratificados. Entrementes, não é suficiente a adoção de textos idênticos, mas de interpretações coerentes, além da existência de um mecanismo internacional que fiscalize o modo que um Estado interpreta a convenção.

---

<sup>29</sup> Artigo 78 - 1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Nesta toada, o indivíduo cujos direitos fundamentais sejam violados não tem como instância de socorro somente o judiciário doméstico, mas pode recorrer a uma corte internacional. Haveria, portanto, uma fiscalização da convencionalidade e constitucionalidade – no que se aplicar – da norma, para garantir a observância dos direitos fundamentais (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 57), na tentativa da aplicação do princípio *pro homine*, é dizer, para aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo (VASCONCELOS, 2012).

Há que se ressaltar, contudo, que não há uma tentativa direta de rever o posicionamento de tribunais locais, mormente a necessidade de averiguação da convencionalidade do dispositivo perante o tratado de direitos humanos.

Nesta interpretação, não é concedido à um órgão internacional o poder de revisar uma sentença judicial interna - sob pena de consagrar a teoria da quarta instância -, derrogar uma lei ou revogar um ato administrativo: o próprio Estado deve cumprir a sentença por meio de legislação interna, sob pena de nova responsabilização internacional (RAMOS, 2012b, p. 344). Dessa forma, o cumprimento da sentença da Corte ao Estado, não prejudica a declaração de invalidade da norma conflitante com o direito convencional – mesmo as já reputadas constitucionais no âmbito interno - ainda que permaneça vigente no Estado (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 57).

No caso Gomes Lund, não houve intento de rever a decisão do STF. A jurisdição interamericana se restringiu a examinar a conduta do Estado brasileiro confrontado com a Convenção Americana, não havendo, portanto, nenhuma intenção em rescindir o julgado brasileiro, mas somente de impor o cumprimento do dever de respeito aos direitos humanos (RAMOS, 2012b, p. 365). Dessa forma, analisada a lei, foi julgada incompatível verticalmente com a Convenção Americana (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 58).

Para a Corte interamericana, a solução para o conflito jurisprudencial seria o reconhecimento da primazia da jurisprudência internacional em desfavor da nacional, com o conseqüente reconhecimento de uma Constituição e de uma instância judicial supranacional pelo STF, que deveria se submeter ao entendimento da Corte. Isto porque, para estes, conclui-se que a Convenção americana equivale a uma Constituição supranacional de direitos humanos e que aquela é sua última intérprete, exercendo o controle de convencionalidade. Desta forma, o entendimento da Corte é vinculante e obrigatório para todos os Estados-parte e seus órgãos

judiciais e administrativos, devendo haver a conformação do ordenamento jurídico e jurisprudência internos deste no que se demonstrar incompatível com as linhas da Convenção (VASCONCELOS, 2012, p. 176).

Ainda que comedidamente, o STF já demonstrou inclinação a acolher este posicionamento da Corte. Essa interpretação decorre da edição da Súmula vinculante nº 25, que prevê a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, conforme disposição da Convenção americana. No julgamento do RE 466.343/SP de 2008, o STF reconheceu o fim da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVIII da CF/88) em face do dispositivo da Convenção americana, que somente prevê prisão civil por alimentos. O ministro Gilmar Mendes reconheceu, quando do julgamento, que o conflito de norma ordinária com a Convenção resolve-se pela invalidade da primeira. Igual entendimento foi esposado no julgamento do HC 90.172, de votação unânime na 2ª turma (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 69).

Todavia, o que importa é a tentativa de abrir, confluir, convergir os direitos humanos internacionais com direitos fundamentais nacionais (VASCONCELOS, 2012). O princípio da harmonização do direito internacional – *friendly* - já foi reconhecido de modo generalista, abarcando todo o direito internacional, e não se aplicando exclusivamente aos direitos humanos. O Tribunal Constitucional alemão já reconheceu o princípio da interpretação do direito doméstico em relação ao direito internacional (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), diante do qual o direito nacional deve ser interpretado objetivando a harmonização do direito positivado com a jurisprudência internacional, na medida em que a interpretação não colida frontalmente com a Constituição (VASCONCELOS, 2012, p. 191).

No direito pátrio, este princípio encontra fundamento nos arts. 1º, III, 3º, I art. 4º, II e § único, art. 5º, §2º e §3º da CF/88. Sob esta luz, todos os juízes pertencentes à estrutura judiciária brasileira estão obrigados a uma interpretação dos direitos fundamentais constitucionais em conformidade com a Convenção americana e dos tratados de direitos humanos (conforme súmula 25 do STF) (VASCONCELOS, 2012). Assim, não haveria a exclusão da aplicação das normas internas ou dos tratados, mas as normas se uniriam para obstar a edição de leis domésticas que violem preceitos da Constituição ou de tratados de direitos humanos. Para Gordillo (*apud* GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 59), seria a consagração do “direito dialógico”,

na medida em que se articularia a legislação nacional com a internacional, aceitando o “diálogo” entre as fontes.

Diante da perspectiva de harmonização do sistema de proteção de direitos humanos, especificamente das decisões do STF (na ADPF 153) e da Corte interamericana (Gomes Lund), não haveria conflito insolúvel, posto que o objetivo primário de ambas as Cortes é proteger os direitos humanos. De fato, a antinomia seria apenas aparente, decorrente do pluralismo normativo global atual, passíveis de solução por meio da hermenêutica. Para tanto, André de Carvalho Ramos (2012b, p. 373) propõe construir, de forma preventiva, um “diálogo das cortes”, a troca de informações entre tribunais. Para o autor, seria possível antever a aplicação, pelo STF, das interpretações de diversos órgãos internacionais aos quais o Brasil já se submeteu jurisdicionalmente.

Toda esta teoria de harmonização e diálogos pressupõe a aceitação dos juízes ao “diálogo das Cortes”, todavia, esta teoria não deve ser imposta aos tribunais, sob pena de violação do princípio da independência funcional e do Estado Democrático de Direito (RAMOS, 2012b, p. 374).

Como alternativa, André Ramos, na obra *Processo internacional de direitos humanos* (2012b, p. 374), propõe a aplicação da teoria do duplo controle, que seria a aplicação apartada do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, sendo o primeiro realizado por órgãos nacionais, e o derradeiro, internacionalmente. Assim, haveria uma dupla garantia aos direitos humanos, doméstica e internacionalmente, através de diferentes mecanismos, e toda lei deveria se submeter aos dois controles.

Diante deste entendimento, haveria uma separação total dos âmbitos de atuação das Cortes, e deixaria de existir um conflito real, porque cada Corte possuiria diferente fundamento e agiria em esferas distintas. Enquanto a Corte nacional atua diante da conformidade da norma com o ordenamento interno, e possui papel de guardião da Constituição – exercendo, doravante, o controle de constitucionalidade - a Corte interamericana deve interpretar e analisar conforme a disposição da Convenção americana – exercendo o controle de convencionalidade (RAMOS, 2012b).

Assim, a Lei de Anistia brasileira, embora julgada constitucional pelo STF, não é compatível com a Convenção americana, conforme decisão da Corte Interamericana. Nessa esteira, todos os diplomas devem passar pelos dois crivos, dois controles, e caso uma norma interna esteja em desacordo com um dos dois, o país deve concentrar esforços para cessar a violação e reparar os danos causados (RAMOS, 2012b, p. 375).

Se, de fato, o Estado brasileiro adotar postura de cumprimento fiel da sentença proferida pela Corte Interamericana, este seria um dos mais importantes passos para afirmação dos direitos humanos no país (WEICHERT, 2011a, p. 227). Seria cumprir não só o aspecto negativo assumido perante a assinatura de tratados (na medida em que haveria a efetivação à não violação de direitos humanos), mas ainda, confirmaria seu aspecto positivo: o reconhecimento, por parte das instituições, e o respeito aos sistemas internacionais e regionais de direitos humanos.

A sentença da Corte é obrigatória, não política, inapelável e definitiva (OEA, 2012c, arts. 67 e 68). A amplitude da sentença deste caso confere-lhe caráter de ineditismo, pois apesar de se tratar da quarta sentença desfavorável ao Brasil, essa é a primeira vez em que a condenação do Estado envolve os três poderes da República, além do Ministério Público da União (WEICHERT, 2011a, p. 227).

Atualmente, o Brasil já incorporou algumas das determinações da Corte. Além do pagamento das indenizações fixadas pela Corte em valor aproximado de R\$ 1,28 milhão (ROSA, 2012) e da publicação da sentença, merece destaque a continuidade das buscas por corpos na região do Araguaia (ARRUDA, 2012); (NASCIMENTO, 2012), bem como a edição das leis nº 12.527/11 e n.º 12.528/11.

A primeira lei discorre acerca dos procedimentos adequados e destinados a garantir o direito fundamental de acesso à informação. Diante da previsão desta lei, caso um pedido de acesso a documento público sofra negativa, o órgão responderá por conduta ilícita. Do mesmo modo, guardião de documentos que os destrua, altere ou inutilize será passível de responsabilização (TST, 2013).

Já a segunda lei instaurou a Comissão Nacional da Verdade, que embora não tenha, oficialmente, caráter investigativo ou punitivo, possui aspectos importantes para o acesso à verdade e à informação pelos parentes das vítimas do Araguaia. Com o encerramento das atividades previstas para 2014, Paulo Sérgio Pinheiro, membro da

Comissão, indicou a investigação de 50 casos de violações a direitos humanos durante a ditadura militar, e uma relação de 350 nomes de responsáveis por tais violações. A Comissão pretende, ainda, rever 44 casos de suicídios ocorridos à época. Em relação ao Araguaia, pretende-se sistematizar a cadeia de comando que ordenou as sucessivas ações de extermínio na região (LEITÃO; MAGALHÃES, 2013b).

Embora desprovido de caráter oficial investigativo e punitivo, integrantes do grupo já indicaram que pretendem recomendar a revisão da Lei de Anistia brasileira. A atual coordenadora, Rosa Cardoso, esposou a tese da Corte interamericana ao afirmar: "As autoanistias, dentro do direito internacional, não valem. Se nós estamos de acordo com isso, nós vamos ter, sim, que recomendar que esses casos sejam judicializados pelo direito interno" (*apud* CANTANHÊDE; LEITÃO; MAGALHÃES, 2013).

Na mesma toada, os outros membros da Comissão da Verdade ratificaram o posicionamento. Paulo Sérgio Pinheiro declarou "A minha posição é igual à da sentença da Corte [Interamericana de Direitos Humanos, que em 2010 entendeu que as graves violações aos direitos humanos no Brasil devem ser punidas]". Para Maria Rita Kehl, "se a sociedade vai se mobilizar ou não para medir alguma mudança nos termos dessa Lei de Anistia, ao qual fomos praticamente submetidos ao final da ditadura, isso vai depender muito da imprensa" (CANTANHÊDE; LEITÃO; MAGALHÃES, 2013).

Em contrapartida, o ministro da Defesa, Celso Amorim, afirmou que qualquer que seja o parecer da Comissão da Verdade, não é do interesse do governo a revisão da lei, assim como não interessa a punição a militares. Embora tenha afirmado o respeito pelo posicionamento e declarações dos integrantes que compõem a Comissão, o ministro afirmou que o governo "não proporá, não promoverá e não estimulará nenhuma punição nem a revogação da Lei de Anistia" (CANTANHÊDE; LEITÃO; MAGALHÃES, 2013).

Assim, resta comprovado que a Comissão Nacional da Verdade, embora seja uma tentativa de dar cumprimento à sentença da Corte interamericana, pode não alcançar seus objetivos efetivos. De acordo com integrantes da própria Comissão da Verdade, fontes ligadas ao governo e a setores da sociedade, é provável que a Comissão da Verdade só esclareça poucos casos, sem resolver questões principais,



como quem e a mando de quem foi responsável pelas execuções, torturas e desaparecimentos forçados (LEITÃO; MAGALHÃES, 2013a).

Mormente os esforços do país para executar alguns dos mandamentos da Corte, o cerne da sentença ainda não foi enfrentado. A OAB interpôs embargos de declaração em face da decisão da ADPF 153, e após pedido de adiamento, essa decisão ainda está pendente. Em todo caso, não se acredita que o acórdão que os ministros venham a proferir altere substancialmente o entendimento destes (STF ADIA ANÁLISE..., 2012). Isso porque os embargos tem como escopo apenas omissões, contradições ou obscuridade da decisão anterior. Não obstante, os ministros tem declarado à imprensa que não devem alterar o entendimento atual.

Para o ministro Peluzo, a decisão da Corte interamericana opera efeitos no âmbito da Convenção Americana, não atingindo diretamente pessoas processadas por crimes anistiados. Se isso ocorrer, de acordo com o ministro, poderão interpor um *habeas corpus*, que o Supremo “vai conceder na hora” (*apud* ARRUDA, 2010). Já o ministro Marco Aurélio de Mello afirmou que “É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF”. O então ministro da defesa, Nelson Jobim, fez coro aos ministros do STF e afirmou não haver possibilidade de punição dos torturadores (NOBLAT, 2010).

De forma contraposta, o ministro dos Direitos Humanos à época da publicação da sentença, Paulo Vannuchi, afirmou que a sentença da OEA deve ser cumprida. De acordo com ele “O Brasil não pode ter qualquer dúvida que cabe reexaminar e cumprir cuidadosamente a decisão, que é irrecorrível.(...) Cabe agora aos poderes públicos do Brasil (...) promover ajustes de decisões anteriores” (*apud* NOBLAT, 2010).

Em todo caso, o Brasil se submete à jurisdição da Corte por opção própria, e o eventual não cumprimento da sentença prolatada no caso Gomes Lund traria consequências prejudiciais para o Brasil no âmbito internacional, pois ao assinar e ratificar um documento internacional, houve respeito à vontade da maioria, que não pode ter sua posição sobreposta por atitudes e decisões isoladas, baseadas em motivações internas e pragmáticas (MARQUES, 2011, p. 152).

Assim, independentemente do modo que a Lei de Anistia seja, dentro do Brasil, interpretada e aplicada, ou que alegue-se por sua validade e legitimidade no estado

brasileiro, ou que se esquive em debater acerca da qualidade cogente de determinadas normas internacionais, a norma brasileira fere expressamente e de forma inegável (após a ponderação da Corte interamericana acerca do caso), normas internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Deste fato o Brasil não pode se escusar. Ainda que esteja confirmada a constitucionalidade da não apuração e a impunidade de responsáveis por graves violações de direitos humanos durante o período do ditadura militar, esta opção político-jurídica, e em última medida, institucional, não isenta o Brasil de responsabilidade diante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos e a comunidade internacional (MCARTHUR, 2012).

## 5 CONCLUSÃO

O tema do presente trabalho apresenta variadas nuances dentro do direito internacional e constitucional.

Da necessidade de orientar e regular as novas interações entre os Estados, adveio o direito dos tratados, codificando um direito costumeiro. A Convenção de Viena de 1969 teve como principal objetivo garantir segurança jurídica às partes de uma relação, e, dessa forma, trouxe em seu bojo disposições que vinculassem os ratificadores do tratado, principalmente o princípio do *pacta sunt servanda* e a proibição de alegação de disposição contrária do direito interno para obstar o cumprimento de obrigações internacionais.

Como consequência, os Estados-parte estão, conforme o texto da Convenção de Viena, vinculados às disposições dos tratados aos quais ratificam, e somente podem deixar de observá-los acaso se submeta ao processo formal de denúncia, previsto nos documentos internacionais.

Além da vinculação dos Estados aos tratados, analisou-se a aparente dicotomia existente entre estes e o direito interno de cada país. Embora as teses dualista e monista tenham sido objeto de estudo por longo período, esta discussão restou ultrapassada. Hodiernamente, o foco da discussão direciona-se ao valor hierárquico que os tratados adquirem ao ser incorporado ao ordenamento jurídico. Expostos os graus consagrados pela doutrina, demonstrou-se que a maior parte desta opta pela tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo *quórum* especial do art. 5º, §3º da CF/88, e da ordinaryidade dos tratados de temas gerais, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sob este lume, entendemos que, de fato, os tratados de direitos humanos possuem o caráter supralegal, e não constitucional, como leciona a parte da doutrina mais incisiva na proteção dos direitos humanos.

Todavia, este caráter de supralegalidade dos tratados de direitos humanos não exclui a necessidade de conformação das leis ordinárias com o texto de tratados e convenções internacionais a que o Brasil esteja vinculado nesta matéria. Pelo contrário, é necessário que se observe a compatibilidade de todos os textos

normativos internos, restando o Estado impossibilitado de legislar contraditoriamente às disposições do tratado ao qual se obrigou, enquanto este vigorar.

Embora o exercício do legítimo controle de convencionalidade seja reservado à Corte Interamericana, aos juízes nacionais cabe o dever de aplicar em suas sentenças a observância aos tratados que o Brasil é parte, e à interpretação que o tribunal internacional conferiu ao diploma legal, a fim de garantir a máxima efetividade à proteção de direitos humanos. Assim, consagra-se o controle de convencionalidade (ou supralegalidade, sinônimos, para nós) dentro do âmbito interno. Não obstante, o juiz que aplicar o controle de convencionalidade deve atentar para alguns parâmetros específicos mínimos, sob pena de ocasionar rupturas no controle, quais sejam, deixar de aplicar somente norma manifestamente contrária à Convenção, bem como o reconhecimento notório de jurisprudência da Corte interamericana que consagre aquele posicionamento a ser utilizado. Consequentemente, a Corte permanece como intérprete última da Convenção, e toda sua jurisprudência deve ser estudada e referenciada nos julgados domésticos.

O controle de convencionalidade é exercido legitimamente pela Corte interamericana. Este tribunal tem essencial papel na proteção de direitos humanos na tentativa de efetivá-los dentro do sistema interamericano.

Embora pareça um paradoxo o estabelecimento da Convenção Americana de direitos humanos em concomitância com o período militar no Brasil e na maioria dos países da América do Sul, explicou-se que havia uma tentativa do governo militar, duro, truculento, de aparentar normalidade. Não havia o real intuito de efetivar os mecanismos de proteção aos direitos humanos que o tratado viria a estabelecer. Entrementes, as mesmas disposições apresentariam fundamental importância ao fim dos regimes ditatoriais, e do retorno da democracia para os países da América Latina.

A Corte interamericana aplicou os dispositivos da Convenção para declarar a invalidade de todas as leis de anistia que fossem julgadas pelo Tribunal, independentemente de se tratar uma autoanistia ou anistia bilateral – caráter esse que o STF julgou ser cabível à lei brasileira. Isso porque ainda que a anistia bilateral anistie os opositores do regime no processo, não deixa de se autoanistiar, conduta essa vedada pela Convenção Americana.

Alegar ainda que a Lei de Anistia é fruto de um acordo político é por em risco o próprio sentido do termo “acordo”, na medida em que esse pressupõe uma submissão de vontades mútuas, não existente na aprovação da lei.

A transição do governo ditatorial para o governo democrático apresenta uma faceta própria, estudada pela Justiça de Transição, que intenta reunir todos os aspectos que possam facilitar a reparação às vítimas e a conciliação nacional. Todavia, a edição de leis de anistia nos países não parece a forma mais adequada de fazê-lo, visto que por um longo período, parentes de vítimas sofrem as consequências da impunidade, da falta de informações e do descaso de autoridades com os acontecimentos passados.

Não há porque, nesta mesma toada, aceitar a anistia bilateral brasileira como um mecanismo de esquecimento e conformação, representando resquícios de um período do qual os brasileiros se lembram com sofrimento. A aplicação dos métodos e estudos da justiça de transição é necessária para garantir a perpetuação dos acontecimentos, como forma a evitar o esquecimento e assegurar que as violações não ocorrerão novamente.

O julgamento do Caso Gomes Lund é paradigmático, por envolver em suas determinações todos os três poderes da estrutura da República brasileira. Abarca uma soma de esforços na tentativa de efetivar as disposições da sentença. Embora exista um núcleo de determinações que possa ser facilmente aparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como de fato o foi, através de indenizações pecuniárias e medidas de investigação dos fatos, como forma de garantir o acesso à informação, o cerne da sentença permeia pela difícil tarefa de harmonizar direito interno com direito internacional.

Com este intento, vez que há primazia do princípio *pro homine* e do universalismo dos direitos humanos, sugere-se o “Diálogo das Cortes”, como forma de disseminar e fortalecer o entendimento recíproco das Cortes internacionais e domésticas submetidas à sua jurisdição. Todavia, ciente da impossibilidade de impor este diálogo entre instâncias autônomas e independentes, propõe-se a aplicação da teoria do duplo controle.

Duplo controle necessário, na medida em que indicaria a possibilidade de submeter qualquer diploma legal a dois crivos de validade material: controle de

constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição brasileira, e o controle de convencionalidade, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos enquanto Guardiã da Convenção Americana. Haveria, então, a conformação dos diplomas de um país aos dois controles, como forma de garantir a melhor aplicação e mais efetiva salvaguarda aos direitos humanos.

Os dois controles se dariam sobre fundamentos diferentes entre si, sob parâmetros diferentes. Assim sendo, concorda-se com os ministros do STF ao afirmar que a sentença da Corte Interamericana não revoga, anula, revê ou conflita com o julgamento do STF. Isto porque a sentença da Corte Internacional opera dentro de uma perspectiva de convencionalidade a qual a lei se submete simultaneamente ao controle de constitucionalidade. Não se discute aqui, portanto, a constitucionalidade da lei, já declarada pelo Supremo enquanto intérprete último da Convenção; mas sim ao segundo crivo de validade da lei ordinária, as convenções às quais o Brasil se comprometeu.

Dessa forma, enquanto norma constitucional, mas, simultaneamente, inconveniente, a Lei de Anistia não é válida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mormente permanecer em vigor. É possível, portanto, conciliar as duas teorias, com vistas a aumentar o espectro de proteção aos direitos humanos, sem necessariamente obrigar a Corte Brasileira a revisar sua decisão.

Assim, vinculado à Corte por meio dos princípios do *pacta sunt servanda*, o Brasil está obrigado a cumprir a decisão, sob pena de responsabilização internacional, e a solução apresentada respeita ainda a soberania do país e a *ultima ratio* da Corte Brasileira em matéria de constitucionalidade.

A Corte Interamericana é órgão jurisdicional internacional, e ao concordar por sua submissão, o país deve se ater aos efeitos vinculantes e inapeláveis da decisão da Corte. O descumprimento da decisão da Corte significa a exposição negativa do país no cenário internacional, e possibilidade de futura e nova condenação.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. Direito à memória e a democracia sem fim. *In: \_\_\_\_\_*. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a, p. 49-57. (col. Fórum Justiça e Democracia, vol. 01).

\_\_\_\_\_. Os direitos da transição no Brasil. *In: \_\_\_\_\_*. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 33-47. (col. Fórum Justiça e Democracia, vol. 01).

AGRA, Walber de Moura; TAVARES, André Ramos. Justiça reparadora no Brasil. *In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-91.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, ano XLV, nº 135, p. 1167-1220, set-dez./2012.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A declaração universal dos direitos humanos de 1948: matriz do direito internacional dos direitos humanos. *In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-11.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. *In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Coord.). Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Itália y España*. Berlín: Konrad-Adenauer, 2009, p. 23-129.

ARRUDA, Roldão. Decisão da OEA abre debate sobre STF. **Estadão**, São Paulo, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,decisao-da-oea-abre-debate-sobre-stf,654303,0.htm>>. Acesso em 26 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Grupo retoma buscas de corpos de guerrilheiros no Araguaia. **Estadão**, São Paulo, 30 mai. 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/governo-retoma-buscas-de-corpos-de-guerrilheiros-no-araguaia/>>. Acesso em 26 maio 2013.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 235 p.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. As leis de anistia face ao direito internacional e à justiça transicional. *In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. cap. 9, p.169-196.

\_\_\_\_\_. **As leis de anistia face ao direito internacional: o caso brasileiro.** 2007. 285 p. Dissertação (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário.** São Paulo: Atlas, 2011. 373 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Lei de anistia: um debate imprescindível. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Direitos Civis e Políticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1349-1374. (col. doutrinas essenciais; v. 2)

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Brasília, DF: Senado Federal, 1966.

\_\_\_\_\_. Contestação do Estado Brasileiro: caso Julia Gomes Lund (e outros) versus Brasil. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição.** N. 3 (jan./jul. 2010), 2010. p. 464-556.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.140**, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 dez. 1995. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9140-4-dezembro-1995-348760-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em 17 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória:** Comissão Especial sobre Mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law.** Nova Iorque: Oxford, 2008. 784 p.

BURT, Jo-Marie. Desafiando a impunidade nas cortes domésticas: processos judiciais pelas violações de direitos humanos na América Latina. *In*: REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de transição:** manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 307-335.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS (CÂMARA). **PL 4.667/04.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650>>. Acesso em 26 maio 2013.

CANTANHÊDE, Eliane; LEITÃO, Matheus; MAGALHÃES, João Carlos. Comissão da Verdade fala em rever lei da anistia, mas ministro se opõe. **Folha de São Paulo,** Brasília, 25 maio 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1282694>>. Acesso em 26 maio 2013.



CANTON, Santiago. Leis de anistia. *In*: REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 263-289.

CAVALLARO, James Louis; POGREBINSCHI, Thamy. Rumo à exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais nas Américas: o desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 669-684.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). **Estadísticas de los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina**. Disponível em: <<http://www.cels.org.ar/wpblogs/estadísticas/>>. Acesso em: 09 de maio de 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe anual da Comissão de Direitos Humanos 1992-1993**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/indice.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2013a.

\_\_\_\_\_. **Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso 11.552: Julia Gomes Lund (e outros) contra a República Federativa do Brasil. 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2013b.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013. 598 p.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e o constitucionalismo latino-americano**. 2012. 135 p. Dissertação (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença caso Almonacid Arellano (e outros) vs. Chile**. 26 set. 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2013a.

\_\_\_\_\_. **Sentença caso Barrios Altos vs. Peru**. 14 mar. 2001. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2013b.

\_\_\_\_\_. **Sentença caso Blake vs. Guatemala**. 22 jan. 1999. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_48\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_ing.pdf)>. Acesso em 16 maio 2013c.

\_\_\_\_\_. **Sentença caso Gomes Lund (e outros) vs. Brasil**. 24 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

DALLARI, Pedro B. A. Tratados internacionais na emenda constitucional 45. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord). **Reforma do judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 83-98.

DEZEM, Guilherme Madeira. A corte interamericana de direitos humanos: procedimento e crítica. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.) **Proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1141-1162. (col. Doutrinas Essenciais; v.6)

DUTRA, Deó Campos; LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. A declaração da inconveniência da lei de anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 920, p. 183 – 203, jun. 2012.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da Anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 4, p. 318-333, jul./dez. 2010, 2011.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord). **Reforma do judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 99-105.

GÁSPARI, Élio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das letras, 2002. 544 p.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. 162 p.

GOMES, Luiz Flávio. Prefácio. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 143 p. (col. Direito e Ciências Afins, vol. 4).

\_\_\_\_\_; MAZZUOLI, Valério. Crimes da ditadura militar e o “caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. *In*: \_\_\_\_\_. **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49-72.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 627 p.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os múltiplos sentidos da Anistia. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p. 272-296, jan./jun. 2009, 2009.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos**: Revista do programa de pós-graduação da UFC, Ceará, v. 32.2, jul./dez. 2012a. Disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito internacional público**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012b. 493 p.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 208 p.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. vol. XIII, p. 51-97, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. Os pactos internacionais de direitos humanos (1966). *In*: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: instrumentos básicos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25-39.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A importância de se fazer justiça: Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério. (Orgs.) **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 251-274.

LAMOTE, Olivier Dutheillet de. Controle de constitutionnalité et controle de conventionnalité. **Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle**. Paris: Dallot, 2007. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2013.

LÁZARO, Maria Carmelina Lodoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluências y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. vol. XLIII, núm. 128, p. 761-814, mai-ago 2010.

LEITÃO, Matheus; MAGALHÃES, João Carlos. Após quase um ano, a Comissão da Verdade é alvo de críticas. **Folha de São Paulo**, Brasília, 14 abr. 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1262356>>. Acesso em 26 maio 2013a.

\_\_\_\_\_. Balanço de um ano será positivo, diz Comissão. **Folha de São Paulo**, Brasília, 14 abr. 2013. Disponível em: <<http://folha.com/no1262354>>. Acesso em 26 maio 2013b.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.) **Proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-42. (col. Doutrinas Essenciais; v.6)

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, vol. 9, núm. 2, 2011, p. 531-622.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. *In*: GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério. (Orgs.) **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-153.

MARTINS, Roberto Ribeiro (1979). **Anistia ontem e hoje**. 3.ed rev. e atual. São Paulo: Brasiliense, 2010. 262 p.

MATOS, Saulo Monteiro de. Anistia democrática? Sobre a (i)legitimidade da lei de anistia brasileira. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 7, jan./jun. 2012, p. 136-167, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público** – 6. ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1168 p.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 143 p. (col. Direito e Ciências Afins, vol. 4)

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 925 p. (vol. 1).

MCARTHUR, Fabiana Godinho. Justiça de transição: o caso brasileiro. *In*: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 7, jan./jun. 2012, p. 136-167, 2012.

STF adia análise de recurso sobre a lei de anistia à pedido da OAB. 22 mar. 2012. **Migalhas**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI152339,21048-STF+adia+analise+de+recurso+sobre+lei+de+anistia+a+pedido+da+OAB>>. Acesso em 26 maio 2013.

MORAES, Ana Luisa Zago de. O “Caso Araguaia” na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Liberdades**, nº 8, p. 88-110, set.-dez. 2011.

MOURA, M. T. R. A.; ZILI, M.; MONTECONRADO, F.G. A justiça de transição no Brasil: um caminho a percorrer. *In*: AMBOS, Kai *et al.* **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. (col. fórum direitos humanos, 1)

NASCIMENTO, Luciano. Primeiro registro sobre a Guerrilha do Araguaia na imprensa faz 40 anos. **Agência Brasil**, Brasília, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2012-09-24/primeiro-registro-sobre-guerrilha-do-araguaia-na-imprensa-faz-40-anos>>. Acesso em 26 maio 2013.

NOBLAT, Ricardo. Jobim reage à OEA e diz que país não punirá torturadores. **O Globo**, Rio de Janeiro, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2010/12/16/jobim-reage-oea-diz-que-pais-nao-punira-torturadores-349883.asp>>. Acesso em 26 maio 2013.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER Andrew G. Equilibrando julgamentos e anistias na América Latina: Perspectivas comparativa e teórica. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 2, p. 152-175, jul./dez. 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Petição Inicial ADPF 153**. 21 de outubro de 2008. Disponível em:  
<[http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf)>. Acesso em 10 de maio 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) **Carta das Nações Unidas**. 12 de setembro de 1945. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em 31 mar. 2013a.

\_\_\_\_\_. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 23 de maio de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em 31 mar. 2013b.

\_\_\_\_\_. Comissão de Direitos Humanos. **Impunidade**. Resolução 2005/81, 61º período de sessões, Nações Unidas. 21 de abril de 2005. Disponível em:  
<[http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN\\_4-RES-2005-81.doc](http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-81.doc)>. Acesso em: 20 maio 2013c.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Basic documents in the inter-american system. Disponível em:  
<<http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/conventionrat.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2012a.

\_\_\_\_\_. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. 30 abril de 1948. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2012b.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 nov. 1969. Disponível em:  
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 set. 2012c.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em:  
<[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 16 maio 2013.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005. 691 p.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. Leis de anistia face ao direito internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direitos constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 285-305.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001. 180 p.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista Latino-Americana de estudos constitucionais**, Fortaleza, ano 7, n. 10, fls. 420-436, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito internacional dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da constituição brasileira. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.) **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 43-69.

\_\_\_\_\_. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A convenção americana de direitos humanos. *In*: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia. (Coord). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17-52.

\_\_\_\_\_. Reforma do judiciário e direitos humanos. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jesús Lora. (Coord). **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, p. 67-81.

RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério. (Orgs.) **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 174-225

\_\_\_\_\_. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: BRANT, Leonardo (Coord). **Anuário Brasileiro de Direitos Internacionais**. Belo Horizonte: CEDIN, 2006, v. 1, nº 1.

\_\_\_\_\_. **Pluralidade das ordens jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012a. 124 p. (col. Para entender)

\_\_\_\_\_. **Processo internacional de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. 423 p.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 104, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012c. 297 p.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. rev., aumen., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 352 p.

RODRIGUES, Georgete Medleg. Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: onde estão os nexos? **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p. 136-151, jan./jun. 2009.

ROSA, André Luis Cateli. **Tratados internacionais: a ordem jurídica brasileira**. 1ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 160 p.

ROSA, Marcos. Governo indenizará herdeiros da guerrilha do Araguaia. **Exame**, 27 jul. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/politica/noticias/governo-indenizara-herdeiros-da-guerrilha-do-araguaia>>. Acesso em 26 maio 2013.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales**: concordâncias e diferenças com el sistema europeo. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 381-417.

SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. **Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 361-307, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/download/1327/1146>>. Acesso em 20 maio 2013.

SANTOS, Sheila Cristina. **A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e a reparação do Estado às vítimas da ditadura militar no Brasil**. 2008. 247 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre os direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.) **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 71-96.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 552 p.

STUDART, Hugo. Os documentos do Araguaia. **Istoé**. n. 1.830, nov. 2004. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/9508\\_OS+DOCUMENTOS+DO+ARAGUAIA?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage](http://www.istoe.com.br/reportagens/9508_OS+DOCUMENTOS+DO+ARAGUAIA?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage)>. Acesso em: 10 maio 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Penal 470**. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/texto/24453/min-celso-de-mello-diz-que-jb-o-heroi-nacional-esta-errado?utm\\_source=feedly](http://jus.com.br/revista/texto/24453/min-celso-de-mello-diz-que-jb-o-heroi-nacional-esta-errado?utm_source=feedly)>. Acesso em 17 maio 2013a.

\_\_\_\_\_. **ADPF 153**. Relator Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso. 05 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 05 de jun. 2013b.

SWENSSON JUNIOR, Walter Cruz. **Os limites da liberdade**: a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos crimes políticos durante o regime militar de 1964 (1964-1979). 2006. 247 p. Dissertação (Doutorado em História). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Nova Iorque: Oxford Press, 2000. 293 p.

TELES, Edson Luis de Almeida. A anistia e os crimes contra a humanidade. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157-175. (col. doutrinas essenciais; v. 6)

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Presidência da República sanciona Lei de Acesso à informação e Lei que institui a Comissão da Verdade. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticias-memoria/-/asset\\_publisher/0qM8/content/presidencia-da-republica-sanciona-lei-de-acesso-a-informacao-e-lei-que-institui-a-comissao-da-verdade/](http://www.tst.jus.br/noticias-memoria/-/asset_publisher/0qM8/content/presidencia-da-republica-sanciona-lei-de-acesso-a-informacao-e-lei-que-institui-a-comissao-da-verdade/)>. Acesso em: 26 maio 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In*: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia. (Coord). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 103-151.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. O conflito entre direito nacional e internacional: a jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 7, p. 170-200, jan./jun. 2012.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 515 p.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 4, p. 196-227, jul./dez. 2010, 2011.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigação de instituir uma Comissão da Verdade. *In*: GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério. (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. p. 226-242.



\_\_\_\_\_. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p. 381-419. (col. doutrinas essenciais; v. 6)

\_\_\_\_\_. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. cap.8, p.151-168.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 724 p.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.