V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

BELINDA PEREIRA DA CUNHA

LUIS DELIO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Belinda Pereira da Cunha, Luis Delio – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-255-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos humanos. 3. Efetividade. 4. Processos participativos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

O Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu, que teve como tema central "Instituiciones y desarrollo em la hora actual de América Latina" , foi marcado por notável integração acadêmica e científica, para além das fronteiras das Instituições de Ensino Superior, alçando o voo das inter-relações temáticas que assolam todos os ramos do Direito nos países latino-americanos.

O Grupo de Trabalho "Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos", sob nossa coordenação, foi brindado com refletidos trabalhos que aprofundaram temas que interessam aos Direitos Humanos e sua fundamentação, como: atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo; inviolabilidade do direito à vida; lei da anistia brasileira frente ao controle de convencionalidade; valorização dos direitos humanos como instrumento de desenvolvimento das políticas de execução penal; análise democrática de risco na tomada de decisões estatais; Comissão Nacional da Verdade e a institucionalização do Direito à memória; o problema social da corrupção e a fragilização dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito; os desafios interpretativos para garantir os direitos dos povos indígenas e quilombolas; teoria crítica dos direitos humanos (aspectos do casamento de pessoa com deficiência mental); direito à saúde mental no Brasil e no Uruguai; direito internacional e o acesso direto aos tribunais internacionais como direito humano fundamental; direitos da pessoa com deficiência e sua regulamentação no âmbito internacional e no Brasil.

Destaca-se reflexões da ordem da constitucionalidade,o posicionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação à presunção de inocência, o recente controle de convencionalidade, interno e externo, com redução de seu controle às normas internas, análise da compatibilidade das normas internas para a convenção dos direitos humanos; Pacto San Jose da Costa Rica, violação das garantias e direitos fundamentais; Lei da Anistia brasileira e sua aplicabilidade; posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à soberania brasileira se sobrepor às normativas da corte interamericana; além do Debate da constitucionalidade, em relação à presunção de inocência.

Também ocupou lugar no debate a valorização dos direitos humanos, diante de relevantes estudos de casos, com vistas à sua importância na extensão normativa dos direitos fundamentais, direitos humanos como um mínimo ético, crítica à universalidade dos direitos humanos, prevalência do indivíduo em relação ao coletivo, perspectiva liberal individualista, sociedade organizada; aspectos da segurança e justiça como valores fundamentais e não contraditórios, com necessidade de aproximação entre o Direito e a Justiça.

Verificou-se também, risco e perigo em Luman, com aspectos da não participação do processo decisório e a consequente sujeição à ordem democrática, como a componente política de escolha, destacada necessidade de participação popular, contrapondo-se que o debate não é aprofundado para comunidades tradicionais, além dos aspectos da linguagem consequencial dos efeitos, e sua dimensão diante da necessária compreensão pela população com interesses atingidos.

A Justiça de transição no Brasil, no Chile e na Argentina, ocupou lugar no debate científico, destacando a dificuldade de definição de uma justiça de transição e da inserção desta política no Brasil, conflitos de interesses, da criação da Comissão Nacional da Verdade, perguntando-se se essa comissão contribui para a justiça de transição, já que o compromisso das pessoas que ali prestam seu depoimento é meramente ético; questionou-se a definição de corrupção e a dimensão com que fragiliza o Estado Democrático de Direito. Chegando-se à utopia dos Direitos Humanos de Galeano.

O direito é otimista, com limites. Os grandes desafios, para efetivação do direito dependem do campo político. A inversão ideológica e teoria crítica dos direitos humanos traz à baila possibilidades jurídicas antes inusitadas para o mundo do Direito, alastrando a concepção de saúde sob o aspecto mundial, para as políticas públicas garantidoras, acima de tudo, desses direitos, que com a legislação pertinente hão de caminhar juntas para sua efetivação. A Declaração de Caracas de 1990, a fase de humanização ainda se ressente no Uruguai e na América Latina, com chances de se beneficiar com as experiências da legislação brasileira, que igualmente põe à prova sua aplicação diante de políticas igualmente não garantidoras no país.

As prerrogativas, no âmbito nacional e internacional, dos países da América Latina, o Tratado internacional dos direitos humanos, visam possibilitar ao indivíduo o acesso ao tribunal internacional, pois obviamente muitos dos direitos fundamentais também são direitos humanos e, nas origens do direito internacional o ser humano era o foco das atenções, rendendo a crítica de que se deixou o indivíduo de lado como se ele fosse objeto do direito e não sujeito do direito.

Encerrou-se os debates com o conhecimento da reflexão aprofundada de professores e pesquisadores de muitas partes do Brasil, com a participação da Universidade de La República do Uruguai na melhor condução dos trabalhos, que se procurou integrar a partir da América do Sul, Brasil – Uruguai e América Latina.

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha - PPGCJ/PRODEMA/UFPB/BR

Prof. Dr. Luís Délio Machado - UDELAR/UY

A LEI DA ANISTIA BRASILEIRA FRENTE AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

LA LEY DE AMNISTÍA BRASILEÑA FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Julia Gonçalves Quintana [1]
Paulo José Dhiel

Resumo

O presente artigo possui como objetivo analisar a problemática que envolve a lei da anistia brasileira após a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que considerou inválida a referida norma. Nesse contexto, o presente trabalho procura estudar os diferentes posicionamentos a respeito do tema, bem como, a melhor forma de efetivação do controle de convencionalidade das leis. O método adotado para tanto será o método hipotético-dedutivo, no qual, a partir das hipóteses apresentadas será analisada e explorada a legislação e doutrina com o objetivo de comprovar ou não as hipóteses levantadas.

Palavras-chave: Anistia, Convencionalidade, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

En este trabajo se pretende analizar los problemas relacionados con la ley de la amnistía de Brasil después de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera inválida. En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo estudiar las diferentes posiciones sobre el tema , así como el mejor modo de realización de las leyes de control de convencionalidad . El método adoptado para este fin será el método hipotético-deductivo, en el que , a partir de las hipótesis presentadas serán analizadas y exploran las leyes y doctrina con el fin de probar o refutar la hipótesis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Amnistía, Convencionalidad, Derechos humanos

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

1. INTRODUÇÃO

O mundo moderno vive um intenso processo de expansão da globalização das relações econômicas, políticas e sociais.

Muitas são as causas desse fenômeno e dentre elas se insere a adoção de normas definidas em Convenções e Tratados internacionais que passam a vigorar nos Estados Nacionais com força de lei, e muitas vezes com o status supralegal e até mesmo em alguns casos constitucional.

Dito de outra forma, os Estados nacionais abrem mão de parte de sua soberania em prol do seu desenvolvimento junto às demais nações seja no âmbito regional (blocos como o Mercosul e a Comunidade Européia, por exemplo), seja no âmbito mundial sob a tutela da Organização das Nações Unidas, como explicam Gomes e Mazzuoli (2010.1) ao afirmarem que "Todo país, ao firmar um tratado internacional, perde sua soberania externa (consoante lição do jurista italiano Luigi Ferrajoli). O conceito de soberania está se evaporando".

No âmbito regional, em termo de direitos humanos, o Brasil submete-se ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIDH, cujo instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969, e ratificada pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 67892.

Essa Convenção assegura direitos civis e políticos e determina que os Estados alcancem a sua plena realização, mediante a adoção de medidas legislativas, além de outras que se mostrem necessárias. Os Estados que aderiram, portanto, a esta Convenção, têm deveres negativos e positivos relativamente à Convenção Americana, isto é, a obrigação de não violar tais direitos e o dever de garantir o seu pleno exercício. Com o intuito de analisar e garantir os direitos que enuncia, a Convenção Americana conta com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tal convenção foi ratificada sem reservas pelo Brasil admitindo, portanto, a sua jurisdição sobre o Estado brasileiro.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental, ADPF nº153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, o relator, Ministro Eros Grau, teve seu voto acompanhado pelas ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia, e pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Seu relatório abordou basicamente dois aspectos fundamentais capazes de confirmar a validade da Lei de Anistia, a saber: (a) a norma resultou de um acordo político com a participação de diversos setores da sociedade, e (b) não

há que se falar em não-recepção, pois a EC nº 26 encarregou-se de validar a Lei de Anistia no ordenamento jurídico vigente (STF. ADPF 153, 2010, p. 12-46).

Tendo dessa forma, sido julgada improcedente a ADPF nº 153 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que no dia 24 de novembro do mesmo ano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – proferiu sentença da ação referente ao "caso Gomes Lund e outros" proposta por familiares de desaparecidos da Guerrilha do Araguaia contra o Estado Brasileiro na qual declara que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Não há dúvidas que um dos casos de maior repercussão já levado às Cortes Internacionais contra o Estado brasileiro é o caso Gomes Lund.

A notícia foi recebida com desgosto pelo país. Os Ministros do STF, inclusive, declararam perante a mídia nacional que a decisão do órgão não prejudica a que foi tomada pouco antes pelo Tribunal. Alguns afirmando inclusive que a sentença da Corte invalidara a Lei da Anistia, antes confirmada pelo STF.

Dessa forma o presente trabalho procura estudar os diferentes posicionamentos acerca do tema, bem como o controle de convencionalidade neste caso.

Para tanto, O método adotado no presente trabalho será o método hipotético-dedutivo, no qual, a partir das hipóteses apresentadas será analisada e explorada a legislação e doutrina com o objetivo de comprovar ou não as hipóteses levantadas. A técnica empregada será a pesquisa bibliográfica mediante a consulta de referências em livros, artigos científicos e revistas relacionadas ao tema, bem como através da aquisição de obras pertinentes ao assunto em tela.

2. A LEI DA ANISTIA

A lei da Anistia foi promulgada em agosto de 1979 sob o nº 6.683/7, e em seu artigo 1º assim constou:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Nesse contexto de justiça transacional se mostra de extrema importância conceituarmos o termo "anistia", que deriva do grego assim como a palavra "amnésia", e significam esquecimento. Cria-se, portanto uma ficção jurídica, como se o crime nunca houvesse sido cometido.

Conforme assinala Fernando Capez (2009, p. 567), a Lei de Anistia representa um óbice à produção de conseqüências penais, porém não atinge os efeitos extrapenais dos delitos, o que permitiu que em alguns casos houvesse o reconhecimento de responsabilidade civil dos torturadores. Um exemplo disso é a condenação do ex-comandante do DOI-codi de São Paulo, Carlos Alberto Brilhante Ustra em outubro de 2008, cuja sentença manifestou que mesmo durante um regime de exceção havia normas de direito internacional que coibiam a prática da tortura, logo, entre o réu e os autores foi reconhecida a existência de "relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais" (SÃO PAULO, 23ª Vara Cível, 2008).

O termo anistia vai além da simples exclusão da pena, extingue o próprio crime e todos os seus efeitos penais. Contudo, seus efeitos civis persistem, pois a anistia não suprime o fato, e portanto algumas de suas conseqüências jurídicas permanecem.

Dito isso, é flagrante que ao adotar o instituto da anistia o Estado que opta por ela crê ser menos danoso deixar de responsabilizar crimes, do que ter que suportar os intensos conflitos decorrentes dessa fase de transição. Esse caminho se assemelha à chamada "teoria do mal menor", segundo a qual, diante de dois males, há que se optar sempre pelo menor. A fraqueza desse argumento é denunciada por Hannah Arendt ao lembrar que, ainda que se tenha escolhido o mal menor, este continua a ser um mal.

Os Estados que optaram em dado momentos por anistiar seus crimes em determinado momento histórico geralmente defendem-se com argumentos de que aquela era a única forma de ser atingida a paz e a estabilidade social. Ocorre que passado aquele momento de conflito

parece que estes argumentos não se sustentam mais, pois anistias de graves violações dos direito humanos tem sido invalidadas diante da grande pressão nacional e internacional.

Países como Argentina, África do Sul, Chile e Espanha, entre outros, têm, no que se refere à anistia, aos crimes praticados durante os regimes ditatoriais que assolaram seus povos, uma experiência diferente da nossa. No Brasil. Mais de 50 anos depois do golpe militar de 1964, ainda não conseguimos ter uma posição transparente tanto para as vítimas como para a sociedade brasileira e internacional.

Dito isso, nos parece correto o questionamento acerca da extensão dada a Lei nº 6.683/1979, a questionada Lei de Anistia brasileira, frente aos argumentos que questionam a validade jurídica dessa Lei diante da Constituição Federal brasileira e do sistema internacional de direitos humanos.

Como ensina Bastos, o que deve pautar a análise sobre a legitimidade de uma lei de anistia é a premissa de que a vontade popular seja o fundamento da autoridade do governo. Logo, ou o governo deve adotar um regime democrático, porque a democracia serve como um elo entre os interesses da população e a ação dos parlamentares; ou, então, quando elaborada no próprio regime ditatorial, que a anistia seja pelo menos o resultado de um acordo entre o Estado e seus adversários.

É de conhecimento geral que a lei da anistia brasileira foi escrita no contexto do Estado de exceção. E ainda que haja argumentos no sentido de que houve um acordo político na época, motivado pelo forte apelo da sociedade pela anistia ampla, geral e irrestrita. Não se pode esquecer que os apelos se destinavam aos perseguidos políticos e não aos algozes violadores vorazes de Direitos Humanos.

3. O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

A argüição de descumprimento de Preceito fundamental n º 153 foi Protocolada e distribuída junto à Secretaria do Supremo Tribunal Federal no dia 21 de outubro de 2008, tendo como relator o então Ministro Eros Grau, e como argüente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, já que este exerce uma espécie de mandato tácito em favor do povo. A ADPF em questão questionava a extensão dado ao artigo 1º, §1º da Lei 6.683/79, conhecida como Lei de Anistia brasileira, na qual defende que, para que esta seja interpretada

de acordo os preceitos e princípios da Constituição Federal de 1988, ela não pode alcançar os agentes que cometeram crimes comuns contra opositores do sistema (FONTOURA, 2009).

Nesse ínterim, tanto o tanto o arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quanto os chamados ``Amigos da Corte``, especialmente, nesse ponto, a Associação Juízes para a Democracia, chegaram a um acordo de que a interpretação segundo a qual a norma, ora questionada, concedeu anistia aos agentes públicos evidentemente viola preceitos da Constituição de 1988.

Em um primeiro momento, afirmaram que esta interpretação fere os princípios da isonomia em matéria de segurança e da legalidade (artigo 5º, caput, da CF), já que se afirmaria que nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal. Isso ocorre porque a redação da Lei nº 6.683/1979 em momento algum declara a sua extensão aos agentes da repressão, esse reconhecimento não foi feito pelo legislador, logo seria deixado à discricionariedade do Poder Judiciário. Desse modo, seria maculada ainda, a própria independência do Poder Legislativo (artigo 2º, da CF), competente para decidir pela conveniência da concessão de anistia e de delimitar seus limites e contornos (artigo 48, VIII, da CF).

Chamaram atenção ainda para o desrespeito aos princípios democrático e republicano (artigo 1º, caput, da CF), pois referida norma foi elaborada na vigência do regime militar, restando contaminada por diversos vícios de legitimidade, não tendo condições, portanto, de produzir esse efeito de "autoanistia".

Exaltou-se, ainda, a violação ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), que, como fundamento da República Federativa do Brasil, não pode ser relativizado ou negociado em possível "acordo" para permitir a transição do regime autocrático ao democrático.

Entenderam ainda que a interpretação que vem sendo dada a Lei de Anistia afronta o direito à informação (artigo 5º, XXXIII, da CF) das vítimas, dos familiares e de toda a sociedade sobre a identidade dos algozes, o contexto dos fatos, o paradeiro dos corpos, uma vez que a extinção fictícia do delito por intermédio da anistia impede a abertura de investigações capazes de apurar a sua autoria e materialidade.

Defenderam ainda que, a Constituição Federal repudia expressamente os crimes de terrorismo (artigo 4º, VIII), a tortura e o tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III), considerando os dois primeiros inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e equiparando-os aos crimes hediondos (artigo 5º, XLIII). Ao mesmo tempo, determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo

5º, XLI). Assim caracterizados os atos dos agentes de repressão, não há como interpretar a Lei de Anistia de forma a beneficiá-los sem infringir a determinação constitucional de repreender e reprimir tais condutas. Nesse sentido, afirmaram que estender a anistia a tais pessoas impede o Ministério Público de exercer suas funções institucionais e promover a ação penal pública (artigo 129, I, da CF), ou as vítimas de ajuizarem ações penais privadas nos casos cabíveis, relativizando seu direito de acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, da CF).

Por fim, foi enfatizado que dar validade a extensão da extinção da punibilidade aos agentes do regime militar implica legitimar uma norma de autoanistia, que , pelo pesado vício de princípios e probidade que carrega, é condenada sob o prisma da moralidade dos atos legislativos e administrativos (artigo 37, caput, da CF).

Por todos os motivos expostos, alegaram a não-recepção dessa interpretação ampliada da Lei nº 6.683/1979 aos agentes do Estado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Conselho Federal da OAB, no entanto, apesar da relevância da matéria, teve o seu pedido para a realização de audiência pública indeferido sob o argumento de que:

``Em 08/04/2010 no PG nº 4781/2010: O arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB requer, em petição encaminhada a este Tribunal por meio eletrônico, a realização de audiência pública. 2. Diz que a relevância da matéria de que tratam estes autos demandaria o debate e a oitiva de "especialistas de renome internacional". A ação foi proposta em outubro de 2008. Apenas agora alega essa circunstância. 3. Os argumentos aportados aos autos pelo arguente não demonstram suficientemente a necessidade de realização da audiência pública ora requerida, que se prestaria unicamente a retardar o exame da questão arguida. Nada mais. 4. Os autos estão instruídos de modo bastante, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental. O pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito (STF, 2010)``.

Finalmente, então, após um ano e meio de trâmite processual, chegara o dia em que o Supremo Tribunal Federal haveria de dar a sua palavra final sobre a questão com o seu julgamento. A sessão teve início no dia 28 de abril de 2010 com a leitura do relatório produzido pelo Ministro Eros Grau, seguido, então, pelas defesas orais que tiveram início pelo Dr. Fábio Konder Comparato em nome do Conselho Federal da OAB, seguido pelo Dr. Pierpaolo Cruz Bottini pela Associação Juízes para a Democracia – AJD; Dra. Helena de Souza Rocha pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL; Dra. Vera Karam de Chueiri pela Associação Democrática e Nacionalista de Militares que se pronunciaram pela

procedência do pedido formulado na inicial. Logo depois foi a vez das defesas orais pela improcedência do pedido que se iniciaram com a palavra do Advogado Geral da União, Dr. Luís Inácio Lucena Adams; pela Dra. Gabrielle Tatith Pereira em nome do Congresso Nacional e, por fim, pelo Procurador Geral da República, Dr. Roberto Gurgel, logo após o que foi feita a leitura do voto proferido pelo Ministro-relator no qual, enfim, julgava improcende a ação utilizando-se para tanto, nas palavras de Fábio Konder Comparato (2010), da "*noção germânica de 'lei-provimento' (Massnahmegesetz), pretextando que a anistia teria surtido efeitos imediatos e irreversíveis", bem como* sustentado *"que a demanda não objetivava uma interpretação da Lei nº 6.683, mas sim a sua revisão; o que só o Poder Legislativo tem competência para fazer". Proferido o voto do relator, foram destacadas e votadas,* a pedido do Ministro Marco Aurélio Mello, as preliminares que suscitavam a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, por falta de interesse processual, mas que foram rejeitadas pela maioria do plenário, sendo, logo em seguida, suspensa a sessão para ser retomada no dia seguinte.

Retomada a sessão no dia seguinte, foram, então, proferidos os votos dos ministros, os quais acabaram por julgar por maioria improcedente a ação, conforme registrado no acórdão:

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Plenário, 29.04.2010 (STF, 2010). (grifos do original).

Como era de se esperar, a reação ao julgamento do STF foi intensa e imediata. Vários foram os artigos publicados com a análise dos mais diversos pontos de vista feitos a partir da argumentação apresentada por aqueles que proferiram seus votos. Parece claro que parte significativa da doutrina considerava e considera que os crimes praticados pelos agentes públicos durante o regime de exceção e considerados pela Lei 6.683/79 como "crimes políticos" não deveriam ser alcançados pela Lei de Anistia.

Outro ponto abordado, que se contrapõe ao resultado do julgamento, foi aquele referente aos Direitos Humanos, segundo o qual a Lei de Anistia Política brasileira não teria validade por confrontar dispositivos de tratados internacionais ao qual o Brasil é signatário, notadamente o Pacto de San José da Costa Rica, bem como toda as jurisprudências já fixadas

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Este foi o ensinamento trazido por Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli ao afirmarem que:

``A Lei de Anistia brasileira, embora recebida pela Constituição de 1988, é inconvencional (por violar as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil) e inválida (por contrariar frontalmente o *jus cogens* internacional). Nem tudo o que foi recebido pela Constituição de 1988 é compatível com os tratados em vigor no Brasil e detém validade`` (GOMES; MAZZUOLI, 2010.1).

Neste mesmo sentido, leciona Comparato:

`` *A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em reiteradas decisões, já fixou jurisprudência no sentido da nulidade absoluta das leis de auto-anistia. Será preciso lembrar, nesta altura da evolução jurídica, que em um Estado de Direito os governantes não podem isentar-se, a si próprios e a seus colaboradores, de responsabilidade alguma por delitos que tenham praticado?*

Pois bem, diante da invocação desse princípio irrefutável, o Ministro relator e outro Ministro que o acompanhou afirmaram que a Lei nº 6.683, de 1979, não se inclui nessa proibição categórica, pois ela teria configurado uma anistia bilateral de governantes e governados. Ou seja, segundo essa preciosa interpretação, torturadores e torturados, em uma espécie de contrato de intercâmbio (do ut des), teriam resolvido anistiar-se reciprocamente…

Na verdade, essas surpreendentes declarações de voto casaram-se com a principal razão apresentada, não só pelo grupo vencedor, mas também pela Procuradoria-Geral da República, para considerar legítima e honesta a anistia de assassinos, torturadores e estupradores de oponentes políticos durante o regime militar: ela teria sido fruto de um "histórico" acordo político``. (COMPARATO, 2010)``.

Pouco tempo depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos faria o seu julgamento do caso Gomes Lund contra o Brasil, conhecido como "Caso Guerrilha do Araguaia", no qual condenava o Brasil a diversas medidas de reparação, dentre as quais, inclusive, referentes à Lei de Anistia Brasileira.

4. O CASO GOMES LUND

Não há dúvidas que um dos casos de maior repercussão já levado às Cortes Internacionais contra o Estado brasileiro é o caso Gomes Lund , julgado em novembro de 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão, o órgão declara a invalidade da Lei de Anistia, condenando o país a revogá-la, e determina a investigação da

verdade e punição dos responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período de ditadura militar, mais especificamente por ocasião da chamada Guerrilha do Araguaia. A notícia foi recebida com desgosto pelo país. Os Ministros do STF, inclusive, declararam perante a mídia nacional que a decisão do órgão não prejudica a que foi tomada pouco antes pelo Tribunal. O Ministro Marco Aurélio deixou claro que a sentença da Corte tem eficácia apenas no campo moral e na prática não surtirá efeitos. Ayres Britto, voto vencido no julgamento da ADPF 153, concorda que a decisão do STF prevalece, porém pontua que ela prejudica a imagem do Brasil perante os organismos internacionais, bem como frente aos demais Estados que cumpriram suas obrigações internacionais, revogando as leis de anistia (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 51). A decisão da Corte não pode ser vista como surpresa, uma vez que a jurisprudência da Corte e as manifestações dos órgãos vinculados à ONU há muito já demonstravam sua contrariedade ao perdão concedido aos crimes de lesa-humanidade. Dessa forma, a sentença apenas retratou o pensamento já consolidado na comunidade internacional desde a efetiva materialização dos direitos humanos. O entendimento predominante é que nenhuma norma de direito interno deve evitar que o Estado puna os que cometeram crimes contra a humanidade, pois estes permanecem incólumes na consciência do indivíduo cujo direito foi violado e da própria sociedade.

A Guerrilha do Araguaia, como ficou conhecida, ocorreu na administração Médici (1969-1974) e serviu de base para a recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O Brasil submete-se ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIDH, cujo instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969, e ratificada pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 67892.

Essa Convenção assegura direitos civis e políticos e determina que os Estados alcancem a sua plena realização, mediante a adoção de medidas legislativas, além de outras que se mostrem necessárias.

Os Estados que aderiram portanto a esta Convenção, têm deveres negativos e positivos relativamente à Convenção Americana, isto é,a obrigação de não violar tais direitos e o dever de garantir o seu pleno exercício. Com o intuito de analisar e garantir os direitos que enuncia, a Convenção Americana conta com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nessa linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em pelo menos cinco casos, que é nula e de nenhum efeito a autoanistia criminal decretada por governantes.

A matéria foi minuciosamente tratada no aclamado caso Barrios Alto, no qual a Corte denunciou a responsabilidade internacional do Peru pela violação aos direitos à vida (artigo 4), à integridade pessoal (artigo 5), às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25), previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Reconheceu, ainda, que aquele Estado descumpriu a obrigação de respeito e garantia aos direitos consagrados na Convenção (artigos 1.1 e 2), bem como que as suas leis de anistia nºs 46479 e 26492 são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em consequência, carecem de efeitos jurídicos. Assim, condenou o Estado peruano a reabrir as investigações judiciais para determinar e punir os responsáveis pelos fatos em questão, bem como divulgar publicamente esses resultados. Por fim, ordenou a reparação aos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas e seus familiares.

No mesmo sentido, destaca-se o caso Almonacid Arellano versus Chile cujo objeto era a validade do decreto lei 2191/1978- que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet- à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para a Corte Interamericana:

``A adoção e aplicação de leis que outorgam anistia a crimes que lesam a humanidade impedem o cumprimento das obrigações assumidas. O secretário Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento do Tribunal Penal para Serra leoa, afirmou ainda que embora reconheçam que a Anistia é um conceito jurídico e uma prova de paz e reconciliação, ao final de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas sistematicamente mantém a posição de que não se pode conceder anistia em crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa humanidade, ou as infrações graves do direito internacional humanitário. Leis de anistia com as características descritas tornam as vítimas indefesas e promovem a perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, por isso são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e sem dúvidas afetam direitos consagrados nela. Em conseqüência de sua natureza o Decreto lei 2.191/1978 carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos feitos que constituem esse caso, nem para identificação e punição dos responsáveis, nem pode ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de violação de direitos consagrados na Convenção Americana acontecido no Chile``.

No Brasil não foi diferente, a sentença da Corte declarou que a Lei de Anistia brasileira contraria a Convenção Americana em seus artigos 3º, 4º, 5º e 7º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade, respectivamente), e não possui quaisquer efeitos jurídicos quando impede a persecução penal

nos casos de graves violações dos direitos humanos. E determinou que o Estado brasileiro proceda na busca dos restos mortais das vítimas do Araguaia, conceda indenizações e tratamento psicológico para os familiares, organize cursos sobre direitos humanos dentro da Forças Armadas, tipifique o delito de desaparecimento forçado e incentive a propagação da informação sobre o ocorrido na Guerrilha e durante a ditadura militar no país. Além disso, o Brasil foi condenado a investigar e punir os autores dos delitos.

A maioria das recomendações da Corte já foram cumpridas pelo País, salvo no tocante a busca dos restos mortais das vítimas, investigação e a punição dos autores da repressão. Isto ocorre, pela dificuldade da implementação do inteiro teor da sentença tanto pelo aspecto jurisdicional como também pela resistência da própria sociedade, que vê na lei na Anistia uma forma de esquecimento de um período tão doloroso.

Apesar da força vinculante e obrigatória das decisões da Corte, é debatida a falta de capacidade das entidades internacionais fazerem cumprir na prática suas determinações perante os Estados soberanos. Todavia, não se pode esquecer que um país que não segue a orientação de um órgão internacional, especialmente na seara de Direitos Humanos, fica com sua imagem mundialmente prejudicada.

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS POSIÇÕES DIVERGENTES ENTRE O STF E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme explicamos anteriormente, a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos gerou profundo impacto e resultou em um intenso e caloroso debate doutrinário sobre a aplicabilidade dessa decisão, o que na prática poderia significar a suspensão da decisão do STF na ADPF 153. Os ministros do Supremo Tribunal Federal saíram em defesa da sentença por eles determinada um dia depois de divulgada a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (RECONDO, Agência Estado, 15/12/2010). Desse modo, o próprio Presidente, Cesar Peluso, afirmou categoricamente que a decisão da CIDH “não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo"(RECONDO, Agência Estado, 15/12/2010). Segundo o entendimento do Presidente do STF, a CIDH não possui competência para revisar as decisões tomadas soberanamente pelos sistemas judiciários dos seus Estados-Membros, sendo sua decisões de caráter mais político que jurisdicional (FERREIRA, Agência Estado, 28/12/2010).

No entanto, Gomes e Mazzuoli, dois dos principais defensores da tese em sentido contrário, defendem categoricamente que:

``O direito na era da pós-modernidade mudou completamente sua fisionomia. Toda lei, agora, está sujeita a dois tipos de controle (vertical): de constitucionalidade e de convencionalidade. O STF fez o primeiro controle (e validou a lei). A CIDH celebrou o segundo (e declarou inválida referida lei de anistia). Os juízes brasileiros precisam se atualizar e admitir que, agora, já não basta um só controle. E na medida em que a jurisprudência desses juízes não segue a jurisprudência da Corte, ela pode ser questionada (e eventualmente invalidada, de forma indireta, visto que a Corte só pode condenar o país, o Brasil)`` (GOMES; MAZZUOLI, 2010.4).

De acordo com estes autores, a existência dos Sistemas Regionais de defesa dos Direitos Humanos, como é o caso da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sediadas em Washington e na Costa Rica, respectivamente, os colocam, sim, acima dos sistemas jurídicos nacionais, fazendo com que o STF hoje já não represente mais a última instância quanto à matéria (GOMES; MAZZUOLI, 2010.3).

Além do Presidente Peluso, também o Ministro Marco Aurélio Mello defendeu a decisão do STF afirmando que "o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo" (RECONDO, Agência Estado, 15/12/2010). Segundo o entendimento defendido pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o Direito pátrio sobrepõe-se ao internacional, não podendo menosprezar a Constituição Federal em detrimento da Convenção e que a decisão da CIDH "não tem concretude como título judicial. Na prática, o efeito será nenhum, é apenas uma sinalização" (RECONDO, Agência Estado, 15/12/2010).

A tese da decisão política sem qualquer efeito prático, aliás, foi também a seguida pelo então Ministro da Defesa, Nelson Jobim, para quem não há qualquer possibilidade de punição para os torturadores no Brasil. Segundo Jobim, "O assunto não pode voltar ao Supremo, pois a Corte está sujeita a suas próprias decisões. As decisões de constitucionalidade têm efeito contra todos, inclusive eles [os ministros]", além do fato de a anistia ser resultado da negociação de um acordo entre governo e sociedade, o que lhe assegura uma ampla vigência para ambos os lados. (CONJUR, 15/12/2010)

Contrariando esta idéia, contudo, vem, mais uma vez, Gomes e Mazzuoli afirmando que:

``O Brasil sequer pode cogitar da possibilidade de não cumprir as decisões da CIDH. Poderia sofrer sanções internacionais e ser excluído da OEA. O não cumprimento pelo Estado brasileiro da sentença da Corte Interamericana acarreta nova responsabilidade internacional ao país, a ensejar nova ação internacional na mesma Corte e nova condenação, e assim por diante. A posição do Ministro Nelson Jobim no sentido de que o Brasil poderia deixar de

cumprir as decisões da CIDH é totalmente equivocada. O STF nada mais pode fazer. As decisões da Corte devem ser cumpridas pelo Brasil necessariamente``. (GOMES; MAZZUOLI, 2010.3)

No tocante ao que o então Ministro se refere ao "acordo" havido, Marcio Sotelo Fellipe é enfático ao dizer que "O ponto final deve ser sempre a dignidade humana. Nunca houve aquele "acordo". E se acordo houvesse, seria nulo diante da cláusula pétrea da dignidade humana a partir de 5 de outubro de 1988." (FELLIPE, 2010)

O último a sair em defesa da defesa do STF foi o Ministro Carlos Ayres Britto, um dos dois únicos a votar pela procedência da ADPF 153, para o qual, apesar de prevalecer a decisão do STF, "Isso é uma saia justa, um constrangimento para o País criado pelo poder que é o menos sujeito a esse tipo de vulnerabilidade (o Judiciário)" (RECONDO, Agência Estado, 15/12/2010).

Por fim, argumentam os favoráveis à decisão da CIDH que o Brasil está vinculadoa esta por conta dos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos afirmando que

[…] o Brasil não pode se furtar ao cumprimento da sentença internacional. O artigo 2º da Convenção Americana preleciona ser dever do Estado-parte adotar disposições de direito interno, de acordo com as suas normas constitucionais, para tornar efetivos os direitos e liberdades nela mencionados.

Ademais, o artigo 27 da Convenção de Viena dispõe sobre a vedação de invocar questões de ordem interna para descumprir ou cumprir imperfeitamente as obrigações internacionais assumidas. (LASCALA, 2011)

Afirmam ainda que o Supremo já fixou jurisprudência no tocante ao *status* dos tratados internacionais com relação ao direito pátrio, afirmando:

[…] o Tribunal em 2008 consagrou a superioridade dos tratados de direitos humanos, os quais têm, no mínimo, caráter supralegal, ou seja, estão acima da lei ordinária como a em análise. Deveria ter feito o STF um controle de convencionalidade, ter analisado a compatibilidade da lei de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São Jose da Costa Rica. (MACHADO, 2011)

Assim, tem-se em conta o ensinamento simples e absolutamente didático da palavras de Flávia Piovesan ao lecionar que "os tratados não são o 'teto máximo' de proteção, mas o 'piso mínimo' para garantir a dignidade humana, constituindo o 'mínimo ético irredutível'" (PIOVESAN, 2005).

O controle de convencionalidade trata-se de um tema novo ainda, sendo raríssimas são as obras de direito constitucional que tratam, sequer minimamente sobre o tema, razão

pela qual não há ainda um grande volume de estudos realizados sobre tal. Com a edição da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, o tema começa a ser visto com maior frequência e aos poucos vai-se formando uma opinião sobre este importante instituto. De fato, fica clara esta evidencia nas palavras de Mazzuoli:

``O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Mas até o presente momento – passados mais de quatro anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Sequer um autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro``.

Valério de Oliveria Mazzuoli,, foi o pioneiro no estudo e na publicação sobre o controle de convencionalidade tendo sido este parte integrante de sua tese de doutorado[4], em 2008. Por isso mesmo, seu estudo servirá como marco referencial e inicial deste estudo:

``A primeira idéia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* as normas jurídicas de direito interno.

[…]

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por

convenções entre Estados, onde estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fôra decidido e a dar seqüência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público``.

No entanto, grande parte da doutrina tem manifestado preocupação no tocante ao controle de convencionalidade, chamando atençãopara o fato de que ela traz em si uma dificuldade implícita que diz respeito à questão dos limites que se apresentariam à soberania nacional devido à execução deste controle (LASCALA, 2011).

Mazzuoli (2009), contudo, traz-nos a resposta ao ensinar-nos que, no que se refere à legitimidade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos proceder ao controle de convencionalidade, esta Corte já firmou robusta jurisprudência neste sentido baseada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Tratados que data de 1969 e que dispõe que os Estados-membros não podem justificar o seu inadimplemento a um tratado invocando as disposições de seus direito interno.

Neste sentido, Rodrigo Meirelles Coelho (2008) complementa este raciocínio explicando que no seu entendimento a implementação das sentenças da CIDH no Brasil são tão obrigatórias quanto as proferidas pelo Poder Judiciário pátrio e que tal obrigatoriedade decorre, além da ratificação da Convenção Americana, do reconhecimento pelo Brasil da competência contenciosa daquela Corte pelo país.

O que acontece, porém, se a partir de agora o Estado não observar o controle de convencionalidade préviamente à elaboração das leis com relação aos tratados internacionais, sobretudo aos referentes aos Direitos Humanos? Bem, nesse caso, conforme a lição de Mazzuoli, poderão ser acionados os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade:

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvencionalidade*), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou

até mesmo de ADPF (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) para exigir o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

[…]

"Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: *a*) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; *b*) tratados de direitos humanos que têm apenas "*status* de norma constitucional" (não sendo "*equivalentes* às emendas constitucionais", posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. (MAZZUOLI, 2009)

Por fim, embora à primeira vista possa parecer que o controle de convencionalidade exija que o Estado decline de sua soberania e que as Cortes Internacionaisde Direitos Humanos passem a ditar as regras nos tribunais pátrios, é preciso que se diga que isto está longe de ser verdade. As Cortes internacionais não trazem consigo, via de regra, o condão de revisoras das decisões estatais e muito menos de instância recursal. Isto é o que leciona Bastos Júnior ao escrever:

Em síntese, aos juízes nacionais incumbe, quando do julgamento dos casos postos à sua apreciação, rechaçar as disposições internas incompatíveis com a Convenção Americana e com a exegese conferida a si pela Corte, conforme determina seu art. 2, a fim de garantir o efeito útil (*effet utile*) do Pacto, mediante o provimento da tutela judicial efetiva, ou seja, garantindo ao jurisdicionado os direitos consagrados no instrumento internacional, em respeito ao art. 1.1.

[…]

Os juízes nacionais, previamente à realização da tarefa ordinariamente conhecida como subsunção – correlação do fato com a porção de direito aplicável – o juiz nacional deve realizar o controle de convencionalidade entre a porção de direito doméstico aplicável e a norma convencional (VILLANOVA, 2010). Constatando o conflito entre as normas, devem deixar de aplicar a norma interna "inconvencional" e aplicar diretamente a Convenção, assegurando o "efeito útil" desta última e protegendo os direitos da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um controle judicial de convencionalidade difuso, porquanto todos os

magistrados estão autorizados a exercê-lo, e que produz efeitos apenas *inter partes*. (REY CANTOR, 2009).

[…]

À Corte Interamericana, portanto, compete exercer o controle de convencionalidade de forma subsidiária, apenas com a finalidade de aferir a existência ou não da responsabilidade internacional do Estado por descumprimento das disposições da Convenção. Não é, na essência, instância judicial revisora das decisões domésticas, devendo os juízes domésticos levar em conta as pautas hermenêuticas ditadas pela Corte, no exercício do controle de convencionalidade em sede interna, com o fito de evitarem a responsabilização internacional do Estado. (BASTOS JÚNIOR, 2011)

Neste contexto, estas são as principais considerações sobre o controle de convencionalidade com relação ao confronto das decisões referentes ao caso Gomes Lund e à ADPF 153, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

6. CONCLUSÃO

Por fim, concluímos este trabalho que teve como objetivo o estudo de controle de convencionalidade, tema ainda pouco explorado no meio jurídico.

Trata-se de tema extremamente complexo e, portanto, não temos pretensão de esgota-lo. Entretanto, entendemos que é de suma importância que seu estudo seja aprofundado para que decisões divergentes como a do Corte Interamericana de Direitos Humanos e a do STF possam ser solucionadas, e com isso possamos ter um claro entedimento acerca da aplicabilidade das decisões nacionais e internacionais em termos de Direitos Humanos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 99. 2004.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Razões da petição de ingresso como "amicus curiae" na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153-6 do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 26 de novembro de 2008, item 3. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/documentos.php?idConteudo=2> . Acesso em: 1 de outubro de 2015

BASTOS JÚNIOR,Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. **Para além do debate da hierarquia dos tratados:** do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direitos da UERJ, v.1. n. 19. jun/dez 2011. **Disponível em:** <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1717/1331>**.** Acesso em 05 dez 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

_____. **Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 proferido pelo plenário pleno do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Eros Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Data do julgado: 29 abr. 2009. Data da publicação: 06 mai. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=612960&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20153> Acesso em: 29 nov. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *VS*. Brasil. disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Direitos humanos na OEA e a busca pela eficácia das sentenças da Corte Interamericana.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1849, 24 jul. 2008. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/11519>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CONJUR. **Lei de anistia:** condenação do Brasil não anula decisão do Supremo. Disponivel em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-15/sentenca-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo>.acesso em 22 dez. 2011.

COMPARATO. Fábio Konder. **A balança e a espada.** *Disponível em:* <http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2010/08/22/fabio-comparato-o-supremo-e-a-anistia/>. *Acesso em 20 de dezembro de 2011.*

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006, série C, n. 154*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Peru, Sentença de 14 de março de 2001, série C, n. 75.* Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Peru, Sentença de 29 de novembro de 2006, série C, n. 162.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentença de 29 de julho de 1988, série C, n. 4.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Peru, Sentença de 27 de novembro de 1998, série C, n. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf.>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **O STF e a anistia:** o nome da rosa. Disponível em: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com/2010/05/o-stf-e-anistia.html>. Acesso em: 20. dez. 2011.

FERREIRA, Ed. Cezar Peluso quer mudar Constituição para acabar com indústria de recursos: Presidente do STF já adiantou ao futuro ministro da Justiça que vai trabalhar para estabelecer que todos os processos terminariam depois de julgados pelos tribunais de Justiça ou pelos tribunais regionais federais. **Agência Estado.** Disponível em:<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,cezar-peluso-quer-mudar-constituicao-para-acabar-com-industria-de-recursos,659029,0.htm>. Acesso em 21 nov 2011.

FILHO, Francisco Alves. Tortura volta ao banco dos réus: tribunal internacional ameaça condenar decisão do STF que estendeu benefício da Lei de Anistia aos torturadores. **Revista Isto É**, São Paulo/SP, nº 2144, pp 62-63, 15. Dez. 2010, ano 34, ed. Três, (ISSN 0104-3943). Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/114865_TORTURA+VOLTA+AO+BANCO+DOS+REUS >. Acesso em 23 dez 2011.

FONTOURA. Glayton Robert Ferreira. ***Aspectos relevantes na discussão acerca de uma nova interpretação da Lei de Anistia Política.*** *2009. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito – Faculdade Metropolitana de Blumenau, UNIASSELVI, Blumenau, 2009.*

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A condenação do Brasil no caso Araguaia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2736, 28 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18135>. Acesso em: 3 jan. 2012.

_____. **Condenação internacional do Brasil e o dever de investigar os crimes da ditadura. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=123895>. Acesso em: 21. nov. 2011.**

_____. **Corte Interamericana anula lei de anistia brasileira.** Disponível em: <http://www.lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2509019/artigos-do-prof-lfg-corte-da-oea-anula-lei-de-anistia-brasileira>. Acesso em 21. nov. 2011.

_____. **Presidente Peluso equivocadamente nega força da decisão da Corte Interamericana.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/01/19/presidente-peluso-equivocadamente-nega-forca-da-decisao-da-corte-interamericana/>. Acesso em 05 dez. 2011.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. **Condenações internacionais à implementação de políticas públicas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2967, 16 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19778>. Acesso em:15 nov. 2011.

MACHADO, Diego Pereira. **O STF e a impunidade quanto aos crimes da ditadura:** cuidado TRF-3!. Disponível em:<http://atualidadesdodireito.com.br/diegomachado/2011/12/02/o-stf-e-a-impunidade-quanto-aos-crimes-da-ditadura-cuidadotrf-3/>. Acesso em 05 dez 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Nº 18 • Ano: 2009.1.pp.379-418. Salvador – Bahia. 1/9/2009.

NASSIF, Maria Inês. **Corte da OEA fez o que o STF deixou de fazer.** Disponível em: <http://www.valor.com.br/arquivo/863191/corte-da-oea-fez-o-que-stf-deixou-de-fazer>. Acesso em: 21 dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional Internacional. *In*: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). **Direito Constitucional em Evolução**: perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 203.

RECONDO, Felipe. STF defende Lei da Anistia após decisão sobre Araguaia. **Agência Estado.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-defende-lei-da-anistia-apos-decisao-sobre-araguaia,654094,0.htm?p=2>. Acesso em 21/12/2011.