

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO CASO DAS LEIS DE ANISTIA TRANSCONSTITUTIONALISM IN THE CASE OF AMNESTY LAWS

Camila de Assis Santana Silva¹⁸⁶

Resumo:

O presente trabalho propõe-se a analisar a postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro diante dos entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca às leis de anistia. Intenta-se verificar, a partir da análise de jurisprudência de ambos os tribunais, de que modo tais órgãos têm dialogado. O processo constante de internacionalização tem possibilidade que cortes internas e cortes internacionais tenham interesse e competência para a análise de determinados casos, de modo que um mesmo problema passa sobre o crivo de ambas as esferas. Diante de tal fato, há que se discutir mecanismos que permitam a harmonização de tais decisões, como forma de garantir a integração de tais âmbitos. Resta saber, portanto, se o Brasil tem se restringido à análise do caso sob a ótica do direito interno, ou se tem se aberto aos comandos e entendimentos internacionais, a partir da aplicação da teoria do transconstitucionalismo proposta por Marcelo Neves.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo - Corte Interamericana de Direitos Humanos - Supremo Tribunal Federal - Leis de Anistia.

Abstract:

The present work proposes to analyse the position of the Federal Supreme Court of Brazil face to the Inter-American Court of Human Rights with regard to amnesty laws. It is tried to verify, from the analysis of jurisprudence of both courts, how they have dialogued. The constant process of internationalization has made possible that internal and international courts have interest and

¹⁸⁶ Advogada Criminal. Especialização em Direito Penal Econômico e Corporativo pelo IDP-SP. Pesquisadora do NETI-USP. Especialização em Direito Internacional pelo CEDIN. Graduação em Direito pela UEFS.

competence for the analysis of certain cases, so that the same problem passes over the riddle of both spheres. Faced with this fact, it is necessary to discuss mechanisms that allow a harmonization of such decisions, as a way to ensure the integration of such scopes. It remains to be seen, therefore, whether Brazil has restricted itself to the analysis of the case from the perspective of domestic law, or whether it has opened itself up to international commands and understandings, based on the application of the transconstitutionalism's theory.

Key-words: Transconstitutionalism - Inter-American Court of Human Rights - Federal Supreme Court of Brazil - Amnesty laws.

Introdução

A proteção dos direitos humanos é temática recorrente nos fóruns nacionais e internacionais. Tem-se discutido acerca da efetividade da proteção dos direitos humanos e a internacionalização da proteção dos direitos humanos tem se alargado sobremaneira. Tal proteção tem sido o cerne da atuação de diversos tribunais internacionais, bem como possui expressivo relevo nos trabalhos de cortes nacionais. As ordens interna e internacional vêm assentando a proteção do indivíduo nas mais diversas dimensões. O valor ínsito de todos os homens, qual seja, a sua dignidade, revela o imperioso zelo aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Nesse contexto, o presente trabalho propõe um recorte acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF), contrapondo seu posicionamento às orientações e determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), no sentido de estudar se e de que modo tais órgãos têm dialogado, mais especificadamente no que toca às leis de anistia.

É sabido que, cada vez mais, temáticas são postas sob o crivo tanto de tribunais nacionais quanto de tribunais internacionais, inclusive questões referentes aos direitos humanos. Frequentemente, mesmos temas são analisados pelas ordens interna e internacional, o que pode gerar conflitos normativos e interpretativos, colocando em xeque a efetividade da proteção dos direitos humanos, uma vez que, em certos casos, uma corte resiste a aceitar ou a implementar as

decisões de tribunais terceiros. Tal fenômeno é destacado por Neves¹⁸⁷, quando salienta que questões de direitos humanos, por exemplo, apresentam-se relevantes para mais de uma ordem jurídica, as quais são requisitadas para apresentar respostas.

Cada vez mais, problemas de cunho jurídico permeiam diversas ordens normativas, exigindo respostas para o caso, o que enseja, por vezes, diferentes e até colidentes soluções, uma vez que distintas as perspectivas e normativas de cada sistema. Neves também pontua que os problemas podem envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, bem como instituições jurídicas locais nativas¹⁸⁸. Neste estudo, no entanto, a análise será feita notadamente acerca dos problemas jurídicos que envolvem a CorteIDH e o STF.

Ainda, importa mencionar que, em um mundo onde as estruturas normativas internas convivem com a tendência de os Estados a se comprometerem a estruturas normativas internacionais, são recorrentes os conflitos entre os tribunais internacionais e nacionais. Diante disso, partindo-se de uma abordagem sociológica do direito, analisar-se-á de que modo o STF, corte constitucional brasileira, tem visto o direito internacional dos direitos humanos e tem moldado, ou não, sua conduta de acordo com aquele, no que toca, principalmente, às decisões da CorteIDH sobre as leis de anistia. Para tanto, serão trabalhados alguns conceitos e institutos que subsidiarão o presente estudo e auxiliarão no teste das hipóteses, tais como: competências da CorteIDH; competências do STF; soberania; e transconstitucionalismo. A hipótese primeira do presente estudo sustenta que há eventuais conflitos entre as decisões da CorteIDH e do STF sobre a lei da anistia, o que dificulta a implementação dos entendimentos sobre lei de anistia da CorteIDH no âmbito brasileiro.

A importância deste trabalho se reveste no fato de que é preciso que se incentive e se demonstre a real possibilidade de uma efetiva aproximação do direito interno com o direito internacional, de modo que se garanta a mais ampla proteção dos direitos humanos, para que os comandos protetivos de tais esferas não resem esvaziados de efetividade. Não se trata de impor uma ordem sobre a outra, conforme salienta Neves¹⁸⁹, mas de propor uma troca constante, a fim de aprimorar e harmonizar tais esferas. Para concretizar este trabalho, valeu-se, metodologicamente, de uma ampla pesquisa doutrinária e normativa inicialmente, com leituras e

¹⁸⁷ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XXI.

¹⁸⁸ Ibid., p. XXII.

¹⁸⁹ Ibid.

documentações temáticas, seguida de uma pesquisa de decisões do STF e da CorteIDH sobre lei de anistia. O método, então, que sustentou o presente estudo foi o indutivo, pautado na análise de determinada quantidade de casos para a projeção de parâmetros e considerações gerais comuns.

1. Da força vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em que pese a CorteIDH desenvolver funções consultiva e contenciosa, para a pretensão deste estudo, deter-nos-emos a essa última. Nas suas atividades contenciosas, a Corte IDH pode exarar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência, bem como sentenças definitivas e inapeláveis. Ainda, os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Convenção) comprometem-se a cumpri-las nos casos em que forem partes¹⁹⁰. Deste modo, necessário discutirmos a força vinculativa dessas decisões.

Geromel¹⁹¹ traz considerações acerca da natureza jurídica das sentenças internacionais, dentre as quais se encontram as decisões proferidas pela CorteIDH, sejam elas as sentenças ou as medidas provisórias. Valendo-se das lições de Morelli e Delbez, o autor esclarece que existem dois modos de compreender as decisões internacionais. Parte da doutrina, à qual se filia Morelli¹⁹², entende que as sentenças são fatos jurídicos internacionais, fundamentando sua posição na ausência de “sujeito de direito a quem se possa imputar a sentença”, partindo-se da premissa que Morelli desconhece a personalidade jurídica dos órgãos judiciais internacionais. Por outro lado, Delbez¹⁹³ sustenta o caráter jurídico de ato unilateral, em virtude do poder derivado concedido aos árbitros pelos Estados e organizações internacionais, residindo neste os efeitos jurídicos de tais atos volitivos. Ocorre que, Geromel vai além, ponderando tais entendimentos à luz do Direito Internacional Contemporâneo, no qual os tribunais internacionais “são verdadeiros órgãos de

¹⁹⁰ Art. 68 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁹¹ GEROMEL, Vitor. *Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 47-48.

¹⁹² MORELLI apud GEROMEL, Vitor. *Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.

¹⁹³ DELBEZ apud GEROMEL, Vitor. *Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.

solução jurídica de controvérsias, regidos pelo Direito Internacional Público, alguns, inclusive, com personalidade jurídica própria”¹⁹⁴, trazendo as seguintes considerações:

*As sentenças que esses tribunais proferem possuem a natureza jurídica de norma internacional concreta individual, podendo até extrapolar o limite interpartes se o assunto for de sensibilidade tal que a comunidade internacional como um todo possua interesse jurídico. É fruto do exercício jurisdicional internacional, no qual o juiz analisa o caso concreto à luz das normas gerais e, utilizando-se de recursos hermenêuticos e interpretativos, profere, ao final, uma decisão judicial definitiva e obrigatória*¹⁹⁵.

Assim, resta indiscutível a forma normativa e obrigatória das decisões proferidas pelos órgãos judiciais internacionais. Esses têm a sua competência reconhecida pelos Estados através do livre exercício da soberania. Ou seja, o Estado, livremente, obriga-se à jurisdição de tais órgãos, em sua plena, consciente e livre manifestação de vontade. Ainda, tais órgãos pautam suas decisões em normas do direito internacional, reconhecidas e aceitas pelos próprios Estados, mesmo aquelas que se impõem ainda que ausente manifestação expressa de cada Estado para o seu reconhecimento, posto que reconhecidas como fundamentais pela comunidade internacional como um todo, como é o caso das normas *jus cogens*.

As sentenças internacionais, portanto, são frutos de órgãos competentes, jurisdicionais, e trata-se de verdadeiro direito para as partes, tendo caráter definitivo e obrigatório, bem como influenciam o entendimento da comunidade internacional acerca do objeto da lide e das suas bases normativas, quando de interesse de outros Estados e atores internacionais. Tais decisões devem ser, portanto, observadas e cumpridas pelos Estados partes da lide, os quais devem implementá-las sob à luz dos princípios do *pacta sunt servanda*, da boa-fé e da efetividade, de modo que se garanta os resultados esperados:

Assim sendo, uma vez prolatada, a sentença internacional deve ser integralmente cumprida, não cabendo qualquer tipo de consideração por parte dos direitos internos. Ela não pode ser submetida ao juízo de delibação pelos tribunais internos, pois não se trata de uma sentença estrangeira e sim internacional.

¹⁹⁴ GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.

¹⁹⁵ Ibid., p. 48-49.

*Opera aqui, uma relação vertical entre o tribunal internacional e seus jurisdicionados, gerando um imperativo de cooperação jurídica, fundado no poder jurisdicional internacional daqueles*¹⁹⁶.

É certo que incumbe aos ordenamentos internos prever os modos pelos quais as sentenças internacionais serão cumpridas, ou seja, cabe aos Estados dispor acerca dos órgãos internos que possuirão tal competência e os mecanismos internos que serão adotados para implementação. No entanto, isso não significa, de modo algum, juízo de discricionariedade acerca do cumprimento da decisão, mas apenas do modo como esta será efetivada internamente, para alcançar os seus efeitos esperados. A sentença da CorteIDH pode determinar obrigações de dar, fazer e não fazer:

*O objeto de uma sentença da Corte é o mais amplo possível no âmbito de uma ação de responsabilidade internacional do Estado: é assegurado à vítima o gozo do direito ou liberdade violados e ainda são reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado violação desses direitos*¹⁹⁷.

Ramos¹⁹⁸ trata especificadamente sobre os efeitos das decisões proferidas pela CorteIDH, dispondo que, além da obrigação dos Estados de cumprir os comandos da decisão, tal cumprimento deve ser feito estritamente à luz da decisão, ou seja, na íntegra, sob pena de incorrer em novo ilícito internacional. Os Estados devem cumprir cada imperativo da sentença, tal como disposto pelo órgão jurisdicional na decisão. Tal ditame opõe-se à prática europeia, a qual permite que os Estados, em não podendo assegurar o *status quo* anterior, possa fixar uma satisfação equitativa pecuniária, sem que isso acarrete nova responsabilidade internacional. No Sistema Europeu de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos declara a responsabilidade do Estado por alguma violação. No entanto, são os Estados que devem fixar os meios para a reparação da violação. Por fim, o autor destaca que, no caso americano, de forma expressa no artigo 2º da Convenção, além da decisão da CorteIDH possuir efeito obrigatório de coisa julgada, vinculando as partes do litígio, ela possui efeito de coisa interpretada, devendo os Estados partes observar a jurisprudência daquele órgão:

¹⁹⁶ Ibid., p. 52.

¹⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 259.

¹⁹⁸ Ibid., p. 259.

As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada inter partes, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam. Ignorar o efeito de coisa interpretada e enfatizar a vinculação das partes somente em um litígio perante a Corte é atitude, no mínimo, irrealista dos órgãos que representam o Estado e que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional¹⁹⁹

Tais considerações acerca da necessária observância das decisões da CorteIDH mostram-se perfeitamente apropriadas quando se trata também dos pareceres consultivos emanados pela CorteIDH. A função de emitir pareceres consultivos está prevista no artigo 64 da Convenção. Qualquer Estado-membro da Convenção e os órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), desde que dentro da sua área de atuação, possuem legitimidade para requerer opinião consultiva à CorteIDH. Os questionamentos e esclarecimentos podem ser requeridos tanto acerca dos tratados de direitos humanos no âmbito americano (sobre sua interpretação, conteúdo, alcance, etc.), quanto da compatibilidade de leis internas com a Convenção. A solicitação só não é cabível quando em relação a questões de casos já pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²⁰⁰. Resta assente na doutrina, e na própria jurisprudência da CorteIDH, que, embora não vinculantes, os pareceres consultivos possuem autoridade. Sobre o tema, necessário trazer algumas considerações abordadas por Ramos:

A jurisdição consultiva é considerada missão fundamental das Cortes Internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa. É com base nela que as Cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais, fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos. É inegável que a jurisdição consultiva supre o incipiente reconhecimento da jurisdição obrigatória de Cortes Internacionais pelos Estados, servindo as opiniões consultivas para a fixação do conteúdo e alcance do Direito Internacional atual. Embora não se possa supor a

¹⁹⁹ Ibid., p. 260.

²⁰⁰ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12.

*força vinculante de tais opiniões, é certo que os mesmos declaram o Direito Internacional e com isso, possibilitam maior certeza jurídica aos sujeitos de Direito Internacional*²⁰¹.

Embora não vinculantes, as opiniões consultivas possuem autoridade, posto que consubstanciam a perspectiva do órgão jurisdicional sobre a matéria versada no tratado, revelando de que maneira este entende e posiciona-se quanto a determinado tema, prenunciando qual seria a decisão a ser tomada pelo órgão no caso de superveniência de um caso contencioso nos mesmos contornos daquele objeto do parecer consultivo.

Posto isto, mostra-se razoável e responsável a observância de tais pareceres pelos Estados-membros, a fim de evitar futuras responsabilizações internacionais. Embora o descumprimento ou inobservância de um parecer consultivo não acarrete, de pronto, o reconhecimento do descumprimento do direito internacional, tende a dar azo a uma responsabilização internacional em sede contenciosa em momento posterior. Pautar-se de acordo com tais documentos demonstra comprometimento por parte do Estado com relação às tendências e posicionamentos atuais dos órgãos internacionais, bem como respeito às autênticas interpretações dos tratados feitas pela CorteIDH. Geromel também reconhece essa imperiosa necessidade de observância, posto que dificilmente um tribunal se posicionará contrariamente a um posicionamento já assentando por ele mesmo²⁰².

Feitas tais considerações sobre os efeitos das decisões emanadas pela CorteIDH no exercício de suas funções, e assente o engajamento do Estado brasileiro a sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, insta discutir o tratamento concedido pela ordem interna brasileira aos direitos humanos.

2. A competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito internacional dos direitos humanos

²⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

²⁰² RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

O STF é a máxima instância do poder judiciário brasileiro. Sendo o órgão da cúpula do poder judiciário, desempenha importantes funções, fundamentalmente, a guarda da Constituição Federal. Suas competências encontram-se elencadas no artigo 102 da Carta Magna²⁰³. O STF também desenvolve papel relevante no contexto internacional. Tal papel reveste-se de ainda mais importância quando considerado o cenário internacional atual. Os sistemas jurídicos domésticos têm sido requeridos a relacionar-se e interagir com sistemas jurídicos estrangeiros e com tribunais internacionais. Tal relação deve-se pautar numa troca recíproca, com vistas a aprimorar o funcionamento da justiça diante das novas realidades criadas pela crescente interdependência entre as nações, e pelas novas exigências internacionais decorrentes da globalização e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ainda, sendo a última instância judicial do ordenamento brasileiro, cabe ao STF acompanhar as diretrizes internacionais, bem como zelar pelo cumprimento e observância dos tratados celebrados e obrigações contraídas no âmbito internacional. Além de guardar a Constituição, a nova ordem internacional tem exigido um novo papel do STF, mais afeto a questões internacionais.

O referido órgão judicial também constitui o último expediente posto à disposição dos indivíduos sob a jurisdição brasileira em caso de violação de direitos. É nesse contexto que se encontra a importância da atuação do STF na promoção e proteção do direito internacional dos direitos humanos. O Brasil é parte de importantes tribunais internacionais. Mostra-se relevante para o nosso estudo sublinhar o reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da CorteIDH. Em caso de violação de direitos humanos, os indivíduos sob a jurisdição brasileira podem buscar o poder judiciário no intuito de que a violação seja reconhecida; a violação seja cessada; a violação seja evitada; a situação de legalidade anterior seja reestabelecida; ou para que o responsável pela violação seja processado, julgado e condenado pelo ilícito, bem como a vítima seja compensada pelo dano. Após percorrer todas as instâncias, o derradeiro mecanismo interno disponível é o STF, sendo o último grau de jurisdição.

A CorteIDH desempenha papel subsidiário à jurisdição interna. Em não existindo mecanismos disponíveis, ou não tendo o Estado demonstrado interesse na resolução do caso, os indivíduos podem buscar amparo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). É certo

²⁰³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

que os indivíduos não possuem legitimidade para demandar diretamente à CorteIDH. No entanto, tendo peticionado à CIDH, e não tendo sido alcançado os resultados esperados, em um prazo razoável, sua demanda será encaminhada à CorteIDH, para processamento e julgamento. Ainda, mesmo que o caso não tenha seguido para a CorteIDH, esta pode, por solicitação da CIDH, emitir medidas provisórias para evitar ou combater situações de gravidade e urgência, ou para garantir o resultado útil do processo.

Também é certo que a CorteIDH não é órgão recursal, não tendo o poder de revisar e modificar decisões internas. Sabe-se que a CorteIDH não é grau de revisão das decisões do STF. No entanto, é possível que a mesma avalie questões já discutidas por aquele órgão, agora o fazendo de acordo com a interpretação da Convenção. O mesmo se aplica no inverso, hipótese em que entendimentos já assentados pela CorteIDH podem ser objetos de discussão pelo STF.

Fica evidente, portanto, o crescente envolvimento do STF, tribunal constitucional, nas questões de direitos humanos, que transbordam o âmbito interno; bem como, por outro lado, a ingerência pela CorteIDH em assuntos que até um passado recente eram considerados de competência exclusiva dos Estados. Assim, um mesmo assunto pode ser discutido interna e internacionalmente; o que pode acarretar divergências entre eles.

Por todo o exposto, é possível encarar tal situação da seguinte forma: uma vez tendo ratificado a Convenção e reconhecido a jurisdição da CorteIDH, deve o Estado brasileiro (leia-se, inclusive, o poder judiciário brasileiro) observar e seguir as decisões e orientações daquele órgão, sob pena de incorrer em ilícito internacional, tendo em vista os princípios da boa-fé no cumprimento dos tratados, do *pacta sunt servanda*, dentre outros.

3. A soberania do Estado brasileiro x o sistema Interamericano de Direitos Humanos

Por soberania entende-se a igualdade formal entre os Estados. Crawford traz entendimento da Corte Internacional de Justiça, segundo a qual soberania pode ser entendida como a totalidade de direitos e deveres internacionais residentes em uma unidade territorial independente

– o Estado²⁰⁴. O autor segue ponderando que soberania é uma descrição do Estado e uma análise normativa dos seus atributos²⁰⁵. Como decorrência do reconhecimento da soberania, os Estados possuem plena competência no plano internacional para agir, celebrar tratados, etc., bem como possui competência exclusiva nos assuntos internos²⁰⁶. Também como corolário da soberania, destaca o autor que os Estados não se sujeitam uns aos outros; nem se sujeitam a processos compulsórios internacionais ou jurisdições sem o seu consentimento²⁰⁷.

No entanto, tem ganhado relevo a desconstrução do conceito de soberania como algo rígido e absoluto. As novas demandas internacionais e a evolução da institucionalização na esfera internacional têm requerido uma releitura, mais aberta, dinâmica, e porque não dizer mais atualizada, do conceito de soberania. A soberania despe-se então daquela noção de que o Estado possuía competências privativas, as quais não permitiam a possibilidade de influências externas no âmbito interno dos Estados.

No entanto, a globalização e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, fenômenos recentes na história do direito internacional, têm reclamado novas formas de pensar a soberania. Isso porque se tem testemunhado um fortalecimento da proteção da pessoa humana, como corolário do reconhecimento do seu valor; bem como as intensas relações comerciais e financeiras, os avanços na tecnologia e na comunicação, a emergência da preocupação com o meio ambiente, com o desenvolvimento e com a paz, por exemplo. Tais mudanças têm demandado novas formas de entrelaçamento entre os vários sujeitos de direito internacional, recaindo na pluralidade de textos normativos e de instituições internacionais competentes a solucionar controvérsias ou promover e desenvolver temas específicos.

Essa nova conjuntura atenua as fronteiras, bem como relativiza a noção de soberania. Assuntos que antes apenas diziam respeito ao âmbito interno dos Estados, passam a ser forçosamente discutidos de forma ampla e global, presenciando-se a ingerência e influência do direito internacional, agora, na esfera interna. Nesse sentido, Crawford²⁰⁸ assevera que não é apenas no plano internacional que os limites da soberania variam e flexibilizam-se. A aparente

²⁰⁴ CRAWFORD, James. *Chance, order, change: the course of international law*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013. p. 63.

²⁰⁵ Ibid., p. 64.

²⁰⁶ Ibid., p. 64.

²⁰⁷ Ibid., p. 64.

²⁰⁸ Ibid., p. 66-67.

fronteira entre o interno e o internacional sempre muda, à medida que os Estados entram em novos tratados ou que novas áreas do direito internacional desenvolvem-se, tal como a dos direitos humanos. O autor destaca que mudanças e flexibilizações não destroem a noção de soberania, mas a reconfigura, asseverando, ainda, que soberania não significa liberdade do direito, mas liberdade dentro do direito. Outrossim, sublinha que firmar acordos internacionais é, por si só, um atributo da soberania estatal.

É incontroverso que nações, embora sejam reconhecidas como membros da comunidade internacional, devem modificar seus assuntos internos como consequência da sua participação naquela comunidade, Crawford²⁰⁹. A soberania é um conceito flexível que está se adaptando à globalização, consistente com uma variedade de formas de governos internos e com a evolução das instituições internacionais.

No contexto da proteção e promoção dos direitos humanos, a relativização da noção de soberania é evidente, conforme pontuado pelo próprio autor. A consciência da necessidade de proteção das pessoas, contra o arbítrio do Estado ou de particulares, a fim de se garantir o gozo dos direitos humanos, os mais essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, tem desenvolvido mecanismos de promoção, tutela e reparação que, por vezes, resultam na intervenção de atores internacionais no âmbito interno dos Estados. Por exemplo, podem ser citados os mecanismos de supervisão da ONU, nos quais estão previstas visitas *in loco*, por especialistas, para a averiguação da situação dos direitos humanos em diversos países. Ainda, neste contexto, relevantes são os papéis dos tribunais internacionais, os quais condenam os Estados a adotar medidas de reparação às vítimas de violações de direitos humanos. Mais ainda, tem-se o papel do Tribunal Penal Internacional, o qual pode requerer a entrega de nacionais ao tribunal para processamento, julgamento e execução de pena. Sem falar, por fim, nos mecanismos internacionais de cooperação, que exigem dos Estados ações ativas na promoção e proteção dos direitos humanos. Ou seja, práticas e situações que antes seriam impensáveis por conta da noção de soberania absoluta, são hoje comumente presenciadas.

Assim, mostra-se clara a imperiosa necessidade de observância do Estado brasileiro aos preceitos normativos dos tratados internacionais de direitos humanos e às orientações e decisões emanadas pelos órgãos do SIDH, notadamente, neste estudo, as prolatadas pela CorteIDH. O

²⁰⁹ Ibid., p. 77.

Brasil, no livre exercício da sua soberania, resolveu ratificar a Convenção, bem como reconheceu a competência jurisdicional do referido órgão. Assim, deve observância e respeito a suas diretrizes. Deve, portanto, zelar pela observância e cumprimento das decisões da CorteIDH, prezando pela correta e efetiva implementação dos seus comandos. No entanto, tais decisões podem ser claramente contrárias à ordem interna do Estado brasileiro, seja normativa, política ou jurisdicional, bem como podem esbarrar em práticas culturais arraigadas amplamente aceitas. São esses casos de choques entre ordens diversas que Marcelo Neves propõe-se a tratar.

Feitas tais considerações acerca da moderna abordagem do instituto da soberania, e os possíveis choques entre os direitos interno e internacional, esse trabalho se incumbirá de tecer algumas considerações acerca da teoria do transconstitucionalismo proposta por Marcelo Neves, a qual, transplantada para o direito internacional, é perfeitamente possível de ser utilizada na tentativa de conciliar a posição provinciana e soberanista, ainda presente na postura de alguns Estados, ou até das culturas locais, com as novas realidades normativas e institucionais do direito internacional.

4. A teoria do transconstitucionalismo

Não se pode negar as intensas mudanças em importantes aspectos da sociedade internacional: o processo de institucionalização, a pluralidade de textos normativas, os avanços na ciência e tecnologia, as intensas trocas financeiras, comerciais, etc. A noção de os Estados como únicos sujeitos do direito internacionais foi alargada, tendo sido reconhecidos novos atores, tais como as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas multinacionais de importante relevância e poder econômico.

Paralelamente a essas mudanças, erguem-se novas preocupações, tais como as relativas à proteção da pessoa humana, do meio ambiente, etc, bem como a necessidade de se regular novas áreas, referentes, por exemplo, ao comércio, ao mar, etc. Tais questões não são mais entendidas como pertinentes exclusivamente aos Estados. Aqueles novos atores, agora, também estão envolvidos nos mecanismos de solução de controvérsias ou na formação de novas normas internacionais. Uma importante reflexão desta mudança diz respeito ao papel dos tribunais

internacionais, os quais têm complementado, subsidiariamente, e supervisionado as atividades dos Estados, quando esses não são capazes ou não demonstram interesse em observar e implementar as novas exigências e ditames internacionais.

Os tribunais internacionais e os tribunais nacionais têm sido demandados a pronunciar-se sobre mesmas matérias ou fatos que, têm se mostrado ser de interesse tanto da esfera interna quanto da internacional. Às vezes, essa sobreposição de competência leva a conflitos entre as posições adotadas pelo órgão interno e o internacional. Os tribunais nacionais enfrentam uma questão de determinada forma, enquanto os tribunais internacionais sustentam perspectivas diferentes para o mesmo problema. Nesses casos, é necessário um diálogo entre os sistemas normativos.

Como já asseverado, o Brasil reconheceu a competência da jurisdição da CorteIDH, sujeita à reciprocidade, e para fatos subseqüentes à declaração. Portanto, o Estado brasileiro escolheu estar subordinado às decisões da CorteIDH.

No entanto, é um fato conhecido que a implementação das decisões de tribunais internacionais pelo Brasil ainda é um enorme desafio. Sabe-se que as decisões da CorteIDH, sejam elas provisórias ou finais, têm força obrigatória para os Estados que reconheceram a sua jurisdição, bem como impõem obrigações a esses Estados, os quais devem cumpri-las. Não existem mecanismos internacionais que garantam a implementação destas decisões. A execução das decisões da CorteIDH depende das autoridades nacionais e da normatividade interna²¹⁰. Alguns desafios permeiam a implementação de tais decisões, como por exemplo, o choque entre decisões e interpretações do direito interno e do direito internacional.

Diante disso, é fundamental desenvolver um diálogo permanente entre esses sistemas, capaz de promover interações, concessões e flexibilidade para harmonizar os choques e diferentes perspectivas entre a ordem do Estado brasileiro e os tribunais internacionais, como a CorteIDH. Existe uma necessidade atual de instigar esses sistemas a revisar e atualizar suas diretrizes, funções e entendimentos, permanentemente. O artigo não pretende defender a imposição unilateral das decisões da CorteIDH, mas sim discutir a construção de um diálogo construtivo entre as autoridades de poder internas e os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como mencionado, um enorme desafio é o choque entre as decisões e interpretações nacionais e as decisões internacionais. A CorteIDH enfrentou, e tem a possibilidade de seguir enfrentando,

²¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 385

algumas dificuldades no acatamento de suas sentenças devido à aparente ou efetiva contradição dessas com desenvolvimentos doutrinários ou jurisprudenciais nacionais:

*Por isso, o cumprimento das decisões do sistema requer debates enriquecedores em âmbito nacional e um diálogo fluido entre os diversos atores locais e os órgãos de proteção regional. Em última instância, a execução das decisões está sujeita a certos desenvolvimentos legislativos, a políticas públicas, a desenvolvimentos doutrinários ou jurisprudenciais, que instruem a prática interna de modo a cumprir as decisões do sistema internacional*²¹¹

Na tentativa de superar os conflitos entre normas de sistemas diferentes, Menezes²¹² propõe a teoria da transnormatividade. A referida teoria sustenta a necessidade de uma interação jurídica dinâmica entre o internacional e o nacional, diante da nova sociedade global desencadeada pelo fenômeno da globalização. Essa relação transnormativa dissolveria as fronteiras e possibilitaria uma interpenetração de normas de diferentes sistemas em um mesmo espaço de soberania e competência normativa.

Esforços para dirimir os choques decorrentes da expansão normativa também são empreendidos por Amaral Júnior²¹³. Esse se apoia na teoria do diálogo das fontes desenvolvida por Erik Jayme. Esse autor propõe que, diante da pluralidade das fontes no atual cenário pós-moderno, é necessária a coordenação das leis, as qual devem coexistir com os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas. O método proposto por Erik Kayme baseia-se na aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes, propiciando a harmonização entre os subsistemas e afastando a fragmentação do sistema normativo. “A coordenação flexível das fontes reestabelece a coerência ao identificar complementaridades, convergências e harmonias”²¹⁴.

²¹¹ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais / organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. - Rio de Janeiro: CEJIL, 2009, p. 41.

²¹² MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: Pensar, Fortaleza, v.12, p. 134-144, mar. 2007. p. 140.

²¹³ JÚNIOR, Amaral. O “Diálogo” das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. p. 17-18.

²¹⁴ Ibid. p. 12.

Com relação aos choques entre as interpretações dadas pelos órgãos internacionais e nacionais a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, Ramos destaca “a necessidade de compatibilização da interpretação nacional com a interpretação internacional dos direitos humanos²¹⁵”, propondo o que ele chama de “diálogo das cortes”, o qual encoraja a troca de argumentos, promovendo uma influência recíproca entre os órgãos²¹⁶.

Neves, para desenvolver a sua teoria do transconstitucionalismo, valeu-se de lições e conceitos apresentados por Luhmann, na sua teoria dos sistemas. Luhmann²¹⁷ entende a sociedade como formada por sistemas autopoieticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados. Para este autor, a complexidade do mundo acarretou no desenvolvimento de sistemas cada vez mais especializados, cada um com uma estrutura própria de comunicação. Tais sistemas não são abertos ou fechados, no sentido de isolamento. Eles apenas funcionam a partir de seus próprios códigos, e com determinação própria dos seus sistemas e operações, mas se relacionam entre si, através dos acoplamentos estruturais. Eles se autodesenvolvem e se auto-alimentam. São os denominados sistemas autopoieticos. Luhmann vê os sistemas sociais desta forma. Tais sistemas são sistemas de comunicação. O acoplamento estrutural seria o mecanismo pelo qual tais sistemas se relacionam. O funcionamento de tais sistemas não é determinado por outros sistemas. Cada sistema determina se e como receberá irritações externas, e como as processará. Ou seja, acontecimentos externos somente estimularão operações internas do sistema, se este o permitir, e da forma que este permitir. Quer dizer, as relações com o meio são guiadas por diretrizes desenvolvidas pelo próprio sistema.

Neves²¹⁸ visualiza e discute os possíveis conflitos entre as determinações de direitos humanos internacionalmente, os entendimentos de direitos fundamentais da ordem interna e os direitos de comunidades locais extraestatais, sustentando a necessidade imperiosa destas instâncias se por abertas a um constante diálogo e promover revisões das suas diretrizes “para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes”. Não se trata de impor um entendimento sobre o outro, impositivamente,

²¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 378.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 378.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. México: Herder, 2005.

²¹⁸ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p. 208.

mas de reconhecer tais conflitos e promover ajustes e conciliações entre as diferentes perspectivas. Neves propõe, então, um diálogo transconstitucional, por meio de uma releitura das antigas compreensões e do desenvolvimento e absorção de novas, sejam elas acerca de normas estatais, ou de normas internacionais de direitos humanos e ou de normas de comunidades locais extraestatais, promovendo um aprendizado recíproco com a experiência do outro²¹⁹.

Neves²²⁰, recorrendo à abordagem sociológica do direito proposta por Luhmann, sustenta que deve haver um diálogo entre as fontes internas de direito, mesmo aquelas produzidas por atores não-estatais, e as fontes internacionais de direito. Ainda, ele assevera que o mundo tem se tornado cada vez mais complexo, passando a ser composto por uma vasta diversidade de sistemas. Mais do que isso, tais sistemas têm se tornado cada vez mais especializados, desenvolvendo cada um deles seus próprios códigos.

No entanto, tais sistemas não são isolados. Eles são capazes de receber irritações externas, ainda que eles próprios determinem como quais irritações serão recebidas, e como elas serão capturadas e processadas. Ou seja, não resta dúvidas de que tais sistemas se relacionam. Os sistemas não podem se fechar. Ao contrário, cada um deve desenvolver critérios para a adoção de irritações externas. Luhmann²²¹ sugere um acoplamento estrutural entre os sistemas, o qual asseguraria uma constante adaptação entre os diferentes sistemas, mantendo, ao mesmo tempo, as especificidades de cada um deles.

De acordo com Neves, há uma relação entre as normas constitucionais e as normas internacionais, cada uma delas formando um sistema autopoiético: “...assim como há um alcance internacional das normas constitucionais, há um alcance constitucional das normas internacionais”²²². Isso significa que mesmos problemas ou questões são analisadas e consideradas por diferentes ordens e perspectivas concomitantemente. O autor, então, pontua:

A “abertura da estatalidade”, ao contrário, trouxe consigo uma “interpenetração entre ordem estatal e internacional”, que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional²²³.

²¹⁹ Ibid., p. 208

²²⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

²²¹ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. 2ª ed. México: Herder, 2005, p. 18

²²² Ibid., p. 134-135.

²²³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 134.

*Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais*²²⁴.

Tal situação demanda o que Luhmann denomina de “formas de *re-entry*” nas perspectivas de observação recíproca. *Re-entry* é a capacidade de cada sistema de se diferenciar dos demais, introduzindo essas diferenciações em si mesmos, utilizando-as principalmente para definir as suas operações internas e as suas estruturas:

*Nesse sentido, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e ordem estatal apresenta-se na forma de uma “Constituição” em que se “engatam” a responsabilidade do Estado perante o seu contexto social interno e a sua “responsabilidade interestatal”, mas também abrange o entrelaçamento dessas responsabilidades estatais com a “responsabilidade interestatal” da organização internacional, que, por sua vez, serve à “intermediação entre ordens sociais estatais”*²²⁵.

Nessa esteira, Neves traz lições que remetem à ideia atual de relativização da noção de soberania absoluta, posto que se assim o fosse, impossível seria discutir formas de transconstitucionalismo como medidas aptas a dissolver os conflitos entre as ordens interna e internacional:

Na medida em que as cortes internacionais partem primariamente da ordem interestatal, confrontam-se com as compreensões das instituições e dos problemas por parte da correspondente ordem estatal. Por um lado, uma imposição internacionalista unilateral apresenta-se como problemática, não porque se possa recorrer aos princípios tradicionais de autodeterminação ou da

²²⁴ Ibid., p. 132.

²²⁵ Ibid., p. 135.

igualdade soberana, mas sim porque, sem autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo. O modelo de intervenção tem mostrado a sua precariedade ou insignificância na construção de ordens constitucionais internas. Por outro lado, quando os tribunais nacionais pretendem partir exclusivamente da ordem jurídico-constitucional, confrontam-se – sobretudo quando se trata do caso extremo de jus cogens – com a crescente dificuldade de deixar de lado as instituições e normas do direito internacional público em nome da soberania, pois essa não pode mais ser legitimada como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a “uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial. Considerando-se a “soberania interna” como responsabilidade do Estado perante o seu contexto social e a “soberania externa” como sua responsabilidade perante o contexto interestatal, e assumindo-se que a “sociedade de Estados” constitui um “sistema de perspectivas divergentes do mundo” e a “igualdade soberana” representa uma “estrutura de orientação recíproca do comportamento”, parece irracional um modelo que parte de uma única perspectiva, seja essa a estatal ou a internacional abrangente”²²⁶.

... a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na ultima ratio do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos²²⁷.

Geromel vale-se destas lições, ao discutir as tensões entre a supremacia da constituição e a prevalência do direito internacional:

Já NEVES acredita que as relações entre as ordens jurídicas internacionais e estatais sofrem um momento de tensão, na medida em que o clássico paradigma da ratificação, como meio de contato entre elas, vem perdendo significado com

²²⁶ Ibid., p. 133-134.

²²⁷ Ibid., p. 151.

a crescente incorporação de questões constitucionais no âmbito de competência dos tribunais internacionais, vinculando indivíduos e agentes do Estado. para a superação dessas tensões, o constitucionalista defende o desenvolvimento de novas formas de re-entry sob a perspectiva de relações recíprocas que abranjam “um aprendizado e um intercâmbio” entre essas experiências. Por fim, concluiu que há a necessidade de tratar as questões constitucionais de maneira menos provinciana, sem, contudo, levar à crença de uma última ratio do Direito Internacional²²⁸.

Assim, resta claro que a ordem brasileira necessita abrir-se para as demandas e exigências internacionais, a fim de ajustar o sistema nacional com as suas obrigações internacionais. O direito interno e o direito internacional são sistemas autopoieticos: possuem seus próprios códigos binários e suas operações, ao mesmo tempo em que se auto-relacionam através dos acoplamentos estruturais. Recebem estímulos e irritações recíprocos e processa-os. Tais sistemas, portanto, devem definir mecanismos e critérios de relacionamento. Em assim o sendo, torna-se possível um diálogo entre os mesmos, que permita a ressignificação e a troca constante, como forma de diluir os choques e permitir um aprendizado recíproco entre tais sistemas.

5. **Análise de Jurisprudência**

Neste momento, mostra-se oportuno trazer decisão do STF, em ordem a analisar o entendimento desse órgão, notadamente se o mesmo tem seguido o mesmo alinhamento do SIDH, ou se suas perspectivas têm colidido. A escolha do tema deu-se em razão de sua notoriedade e peso nos debates acadêmicos. Trata-se de discussão ainda em voga, posto que há discordâncias entre o entendimento já assentado pela CorteIDH e o julgamento realizado pelo STF sobre as leis de anistia.

²²⁸ GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 106.

Entre os anos 1964 e 1985, o Brasil viveu sob uma ditadura civil militar, na qual direitos humanos foram gravemente violados por agentes estatais. Foram impostos diversos atos institucionais, os quais suprimiam direitos constitucionais. Esta época foi marcada por perseguições políticas, torturas, censuras, desaparecimentos forçados. Todos aqueles que se opunham ao regime militar eram considerados inimigos do Estado. Em 1979, o então presidente João Figueiredo, assinou o projeto de lei e o enviou ao Congresso Nacional para promulgação. Assim, tem-se a promulgação da Lei de Anistia em 1979, Lei nº 6.683/79²²⁹, como um marco do início da transição para um regime democrático no País.

Sob o referido amparo normativo, não foram investigadas e muito menos punidas as violações aos direitos humanos cometidas por agentes estatais da ditadura militar, nem os crimes políticos e eleitorais cometidos por estes. A Constituição Federal de 1988, no artigo 8º do ADCT²³⁰, traz algumas ideias que corroboram com a ideia de anistia. Ocorre que, em que pese o dispositivo constitucional trazer previsões de reparação às vítimas, o processo de transição deve ser entendido de forma mais ampla, a abranger a investigação, processamento, julgamento e punição dos responsáveis pelos atos ilícitos. De acordo com Piovesan, a “justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática”²³¹.

A partir da Lei de Anistia, o Estado brasileiro impediu a punição dos agentes responsáveis pelos graves crimes cometidos durante a ditadura civil militar. Tal lei foi elaborada por um Congresso ainda controlado pelos agentes da ditadura. Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Ação por Descumprimento de Preceito fundamental, a então ADPF 153. Nesta ação, a OAB questionou a anistia concedida aos agentes do Estado que durante a ditadura civil militar protagonizaram uma série de violações aos Direitos Humanos. Na mesma ação, requereu que fossem revelados os nomes dos militares e policiais que agiram em nome do Estado.

²²⁹ Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: out. 2017.

²³⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

²³¹ PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007, p. 113.

É preciso atentar para a questão de que os crimes de tortura e desaparecimento forçado violam a ordem internacional e, em razão de suas gravidades, são insuscetíveis de anistia ou prescrição. O crime de tortura é considerado um crime de lesa humanidade, sendo, assim, imprescritível, de acordo com a ordem internacional, bem como o crime de desaparecimentos forçado, conforme preleciona Piovesan²³². Há o entendimento de que esses crimes ocorreram em um contexto de ataques generalizados por parte do Estado brasileiro contra as pessoas que se opunham ao regime autoritário, e assim, caracterizariam crimes contra a humanidade, de acordo com o direito internacional público²³³. Ocorre que a Lei sobre tortura somente foi editada em 1997 no Brasil, Lei nº 9.455/97²³⁴.

Assim, segundo os doutrinadores de direito internacional, pelo fato do crime de desaparecimento forçado representar um crime permanente, não é possível definir um marco para contagem da prescrição. E nesse sentido, o Estado tem o dever de investigar e punir os responsáveis por estes crimes, ainda que os crimes tenham sido praticados em data anterior à ratificação da Convenção e ao reconhecimento da jurisdição da CorteIDH. Ainda assim, o STF, ao julgar a ADPF 153, entendeu pela validade e constitucionalidade da Lei de Anistia, ignorando diversos preceitos do direito internacional, tais como a imprescritibilidade dos crimes de desaparecimento forçado e tortura, bem como o direito à verdade e ao acesso à justiça. Após o julgamento do STF, a CorteIDH, em ação proposta pelos familiares das vítimas no Araguaia, conhecida como Caso Gomes Lund, entendeu que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção e com o regime jurídico decorrente do SIDH.

A postura adotada pelo STF ensejou diversas respostas pela sociedade brasileira. Kosicki *apud* Meyer²³⁵ elenca algumas respostas desse *backlash*, tais como o envio ao Congresso Nacional pela Presidência da República do Projeto de Lei 12.528 de 2011²³⁶, que resultou na instituição da

²³² Ibid., p. 118

²³³ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. *Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilidade e verdade*. Editora Saraiva. São Paulo. 2010, p. 41

²³⁴ BRASIL. LEI 9.455 de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: ago. 2018.

²³⁵ KOSICKI *apud* MEYER, Emilio P. N. Judicialização da justiça de transição: impactos a partir e sobre o constitucionalismo contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107.

²³⁶ BRASIL. Lei 12.528 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: ago. 2018.

Comissão Nacional da Verdade; reações de críticas nas ruas aos apoiadores da ditadura e iniciativas legislativas visando à exclusão da abrangência legal da anistia de autores de crimes contra a humanidade. O Caso Gomes Lund, julgado pela Corte IDH, versava sobre violações de direitos humanos no contexto da Guerrilha do Araguaia:

Na metade final dos anos 1960, um conjunto de militantes do então extinto Partido Comunista Brasileiro (PCdoB), convencidos de que as saídas institucionais estavam esgotadas após a imposição do bipartidarismo e a consolidação do regime militar, instalaram-se na região do Bico do Papagaio, as margens do Rio Araguaia (fronteira entre os estados do Pará e do atual estado do Tocantins, então Goiás), com objetivo de fundar uma guerrilha rural de inspiração maoísta. O movimento estabeleceu relações com a comunidade local e cresceu nos anos que se seguiram. Em 1972, pelo menos 90 guerrilheiros encontravam-se na região²³⁷.

Este movimento foi duramente combatido pelas forças do regime militar. A coibição foi mantida em segredo dentro da estrutura da repressão e posteriormente negado pelos envolvidos²³⁸. Assim, os familiares, em 1982, propuseram uma ação judicial, com o objetivo de obrigar o Estado a apresentar satisfações sobre o ocorrido e entregar os restos mortais dos desaparecidos. No entanto, tal ação resultou em medidas insuficientes e insatisfatórias²³⁹. Somado a isso, a Lei da Anistia contribui para a impossibilidade da satisfação dos direitos das vítimas e de seus familiares, posto que impossibilitou qualquer ação criminal contra os autores das violações. Neste contexto, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e o Human Rights Watch (HRW) apresentaram à CIDH, em 1995, petição representando as vítimas e seus familiares. Na exordial, elencaram, principalmente, as detenções arbitrárias, tortura e desaparecimentos forçados, a ausência de investigação penal em razão da lei de anistia, a inefetividade dos recursos judiciais de natureza civil para garantir o acesso às informações sobre os fatos, inclusive aquelas

²³⁷ TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 527.

²³⁸ Ibid., p. 527.

²³⁹ Ibid. p. 528.

indispensáveis para a localização dos restos mortais dos desaparecidos, conforme dispõe Torelly²⁴⁰.

Em sua decisão, a CorteIDH entendeu que as disposições da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção e não podem permanecer como obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis²⁴¹. Ocorre que, a lei de anistia ainda se encontra vigente no país, sob o amparo da decisão do STF, declarando a sua constitucionalidade, através da ADPF 153.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs nova ação, amparando-se na decisão da CorteIDH, acerca da lei de anistia, a ADPF 320, que ainda encontra-se pendente de julgamento. A legenda pretende que a Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos – militares ou civis – contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos. Também deseja que não seja aplicada aos autores de crimes continuados ou permanentes, ao alegar que os efeitos dessa norma expiraram no dia 15 de agosto de 1979.

Cabe ainda ressaltar que, em que pese decisão a desfavor do Brasil sobre essa temática em 2010, muito anteriormente a CorteIDH já vinha decidindo acerca da inadmissibilidade e inconveniência das leis de anistia. No entanto, o Brasil sequer se ateve aos precedentes jurisprudenciais para a análise da primeira ADPF, de número 153. Integrando o SIDH e tendo reconhecido a jurisdição da CorteIDH, caberia ao Brasil e a seus órgãos e agentes ponderar e observar as prévias decisões daquele órgão, a fim de se manter alinhado às exigências e tendências internacionais, conforme já discutido nesse trabalho.

Em um primeiro momento, a CorteIDH considerava contrárias à Convenção “apenas as auto-anistias promulgadas por regimes autoritários, legitimando a adoção dessas leis por governos democráticos interessados na pacificação nacional e estabilidade do sistema político”, conforme considera Bernardi²⁴². No entanto, tal entendimento modificou-se, assentando de forma patente a

²⁴⁰ Ibid., p. 528-529.

²⁴¹ Ibid., p. 540.

²⁴² BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 414

invalidade das leis de anistia promulgadas tanto pelos governos democráticos da Argentina e Uruguai quanto por El Salvador, em 1992, de acordo com Bernardi²⁴³, firmando a obrigação de investigar, processar e punir os agentes violadores; o dever de superar obstáculos processuais como os regimes de prescrição e os princípios de legalidade, coisa julgada (*non bis in idem*) e não retroatividade da lei penal em casos de graves abusos de direitos humanos; proibindo a realização de julgamentos de civis por tribunais militares, prática comum em regimes autoritários que fere o devido processo legal; definindo os desaparecimentos forçados como um crime continuado; e vetando a aplicação da jurisdição militar para membros das Forças Armadas acusados de violações de direitos humanos, já que tal procedimento induz à impunidade, Bernardi²⁴⁴.

Bernardi²⁴⁵ ainda elenca outros casos que também culminaram na reafirmação da invalidade das leis de anistia: Caso Barrios Altos, contra o Peru, em 2001; Caso Almonacid Arellano, contra o Chile, em 2006; Caso Moiwana, contra o Suriname, em 2005; o caso do Massacre da Rochela, contra a Colômbia, em 2007. No caso especificamente da sentença do caso Almonacid Arellano, a Corte, pela primeira vez, “formulou sua doutrina sobre o controle de convencionalidade, mediante a qual tribunais domésticos estariam obrigados a deixar de aplicar normas que contrariem não só a CADH, mas também a interpretação realizada pela CorteIDH a respeito dos dispositivos e direitos da Convenção”²⁴⁶. Verifica-se, pois, uma quebra entre o diálogo da CorteIDH com o STF. Em que pese importante decisão da CorteIDH para a concretização e reafirmação da justiça e da democracia, bem como o enfrentamento das injustiças passadas, o STF ainda persiste em ignorar tais preceitos, permanecendo com o entendimento da constitucionalidade e validade da lei de anistia.

6. Conclusão

De todo o exposto ao longo deste trabalho, é perceptível que o Brasil não tem seguido as orientações da CorteIDH, no que toca às leis de anistia como instrumento para a justiça de

²⁴³ Ibid., p. 414.

²⁴⁴ Ibid., p. 417.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid., p. 421.

transição, o que pode significar uma frustração para quem aguarda o progresso na proteção dos direitos humanos. É preciso ter em mente que surgem, constantemente, novas questões sobre direitos humanos, que transbordam as preocupações e anseios nacionais. Tais temáticas são, também, de interesse do direito internacional dos direitos humanos. A noção de soberania dos Estados tem sido resignificada, de modo a reconhecer a ingerência do direito internacional em assuntos que antes eram tratados “como um domínio exclusivo e discricional da política doméstica”:

De maneira sucinta, a posição do sistema interamericano é a de que os Estados têm um dever internacional de investigar e punir criminalmente os graves abusos de direitos humanos ainda que, para tanto, seja necessário aplicar regras e procedimentos judiciais especiais que demandem algum grau de flexibilização de certos procedimentos, princípios e dogmas do Direito Penal doméstico²⁴⁷.

... o impacto e cumprimento dos pronunciamentos do sistema interamericano passam necessariamente por uma compreensão e exercício do Direito que sejam capazes de superar a tradicional aplicação mecânica de leis e normas escritas em favor da avaliação e aplicação de valores e princípios pró-direitos, subvertendo assim os padrões de ensino jurídico e a cultura legal positivista e formalista nos quais a maioria dos atores judiciais latino-americanos está imersa²⁴⁸.

Assim, em casos de conflitos entre os entendimentos da CorteIDH e as provisões normativas e jurisprudenciais do Brasil, insta considerar as lições de Neves, as quais, confrontadas com a realidade, demonstram a imperiosa necessidade do Brasil de abrir sua ordem para o sistema internacional. No presente trabalho, foi analisado um caso que demonstra a relação entre a instância máxima judicial do Brasil, o STF, e a CorteIDH, órgão jurisdicional do SIDH. O caso revela um profundo conflito entre as ordens interna e internacional. E é nesse contexto que se insere a importância da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves. No tocante à lei de anistia, verificou-se a total inobservância pelo STF da jurisprudência da CorteIDH e dos comandos

²⁴⁷ Ibid., p. 425.

²⁴⁸ Ibid., p. 429.

da Convenção. Em que pese o entendimento da invalidade das leis de anistia já assentado pela CorteIDH, o Brasil posicionou-se pela constitucionalidade da referida lei, não exercendo um controle de convencionalidade, nem seguindo as orientações jurisprudenciais internacionais.

Restou patente o apego do STF ao positivismo jurídico, fechando-se para as diretrizes internacionais. Nota-se uma postura soberanista, entendendo-se nessa caso a visão soberanista tradicional, que não reconhece a possibilidade de flexibilização do instituto como corolário lógico da evolução das preocupações e normatividade internacional. Assim, verifica-se um choque entre o entendimento do STF e as decisões da CorteIDH sobre tal temática. Caberia nesse caso, a aplicação da teoria do transconstitucionalismo, que preleciona o diálogo em casos de colisões entre ordens normativas distintas. O estabelecimento de um diálogo entre tais sistemas proporcionaria um possível entendimento entre os órgãos. Por meio da troca de experiências e perspectivas, seria factível uma releitura por cada órgão de seus entendimentos e conceitos, conduzindo-os a uma concordância. O Brasil se posicionaria em direção a trocas com o referido sistema internacional de proteção de direitos humanos, permitindo-se ser influenciado por novas perspectivas e experiências. Conforme pontua Neves, sobre um mesmo caso, uma mesma temática, há pontos sensíveis em que apenas um dos dois sistemas é capaz de enxergar, são os chamados “pontos cegos”. E são esses pontos que precisam ser postos e discutidos através do diálogo, permitindo uma compreensão mais ampla do problema. Neste caso, os direitos humanos figurariam como uma ponte entre as fronteiras dos sistemas, permitindo uma ponte de diálogo e interação.

O Estado brasileiro não pode ignorar o sistema internacional. Cada sistema possui sua estrutura e funções, que são definidas pelos próprios sistemas. No entanto, o sistema de direito interno brasileiro e o sistema de direito internacional de direitos humanos não são fechados, e nem podem o ser. Por vezes, ambos os sistemas precisam lidar com os mesmos problemas, posto que esses afetam tanto um quanto o outro. Portanto, um diálogo construtivo e permanente entre esses sistemas é essencial. Os mesmos precisam reconhecer uns aos outros, suas funções, a fim de definir critérios que permitam a harmonização das diferentes perspectivas. Cada sistema pode ser atualizado. Cada um pode rever suas concepções e operação. Somente assim, as questões dos direitos humanos poderão alcançar as soluções mais eficazes, a ser implementadas pelos diferentes sistemas.

Bibliografia

BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

_____. Decreto nº 678 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: nov. 2018.

_____. Lei nº 12.528 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: ago. 2018.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: out. 2017.

CRAWFORD, James. Chance, order, change: the course of international law. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilidade e verdade. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

JÚNIOR, Amaral. O “Diálogo” das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais / organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. - Rio de Janeiro: CEJIL, 2009.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade. 2ª ed. México: Herder, 2005.



MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: Pensar, Fortaleza, v.12, p. 134-144, mar. 2007.

MEYER, Emilio P. N. Judicialização da justiça de transição: impactos a partir e sobre o constitucionalismo contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12.

PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

