

DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – CASO GOMES LUND E LEI DA ANISTIA

Archimedes Dias Neto¹

Vivianne Rigoldi²

Resumo: As temáticas do controle de convencionalidade, e da eficácia e aplicação dos tratados de Direitos Humanos foram colocadas em evidência quando do julgamento do *Caso Gomes Lund*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal caso tem grande importância pois teve decisão diversa de uma anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal: a da ADPF nº 153. Desse modo, em razão da aparente colisão de ambas decisões, o papel do presente artigo foi analisar o conteúdo delas, levando em conta aspectos estritamente jurídicos e institutos de Direitos Humanos (como ramo do Direito), notadamente o controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle. Buscando, assim, dar o real alcance das decisões e demonstrar o nível de harmonia entre elas.

Abstract: The themes of the conventionality control, and the effectiveness and implementation of human rights treaties were placed in evidence when the trial of the *case Gomes Lund*, of the Inter-American Court of Human Rights. This case is of great importance because it had different decision from a previously

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Doutoranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru-SP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM-SP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - UNESP/Marília-SP. Professora do Curso de Direito do UNIVEM.

given by the Supreme Court: the ADPF nº. 153. Thus, because of the apparent collision of both decisions, the role of this study was to analyze the contents from them, leading account strictly legal aspects and human rights institutes (as a branch of law), notably the control of conventionality and the dual control approach. Seeking, thus, give the real scope of the decisions and demonstrate the level of harmony between them.

Palavras-Chave: Direitos. Humanos. Corte. Interamericana.

Keywords: Human. Rights. Inter-American. Court.

INTRODUÇÃO



presente trabalho busca abordar a temática de Direitos Humanos, em especial a harmonia entre normas de direito interno e normas de direito internacional. Para tanto realizará uma análise em específico do comportamento dos tribunais ao se depararem com esses casos, ou seja, ao terem que decidir sobre violações a Direitos Humanos³.

Buscar-se-á, assim, a interpretação e aplicação que esses diferentes tribunais dão às diferentes “espécies normativas⁴”.

Para que se tenha desde logo quais são os “objetos” dos quais se verificará a harmonia, explica-se que considerar-se-á “Direitos Humanos” como as normas internacionais, e “Direitos Fundamentais” como as normas de direito interno; ambas contendo em comum o fato de serem protetoras de direitos básicos da pessoa humana.

³ “Direitos Humanos” utilizado aqui como expressão genérica, e não especificamente como normas internacionais de proteção básica à pessoa humana.

⁴ Coloca-se entre aspas tal expressão por não ser tecnicamente correta, pois serão analisados Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, que a rigor não são “espécies normativas” distintas, tendo como diferencial o seu nascedouro, como será adiante ligeiramente explicitado.

Em paralelo aos “objetos” (normas) acima referidos, cabe mencionar também os “sujeitos” da aplicação (tribunais). Trata-se do Supremo Tribunal Federal, tribunal interno; e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal internacional responsável pelo julgamento de violações de Direitos Humanos, ao qual o Brasil é submetido.

Essa análise será feita em uma temática específica: a Lei da Anistia (Lei 6.683/79), que se mostra perfeita ao estudo proposto, porquanto nessa temática houve decisão nos dois planos, interno e internacional, ou seja, tanto no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”)* Vs. Brasil.

Em suma, busca-se reafirmar uma “consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional” (TRINDADE, 1991, p. 13), o que, para Trindade houvera contribuído decisivamente⁵ “Para a superação dos velhos e infundados temores” (TRINDADE, 1991, p. 13), referindo-se à evolução da matéria.

A pesquisa será realizada sob o método dedutivo, partindo da explicitação do que venha a ser Controle de Convencionalidade e a Teoria do Duplo Controle, institutos jurídicos de controle das normas de Direitos Humanos; e adiante tratar-se-á da ADPF nº 153, e do caso *Gomes Lund*, desaguando na averiguação da harmonia de ambas decisões.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é um instituto jurídico que visa a manter a compatibilização vertical das normas de Direito interno com as normas de Direito internacional protetoras

⁵ Em conjunto com a consciência da necessidade de “compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno” (TRINDADE, 1991, p. 13)

de direitos humanos⁶ (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

O ineditismo de sua utilização no Brasil é auto atribuído a Valério de Oliveira Mazzuoli, que afirma ter trazido tal terminologia ao Brasil em sua tese de doutorado em 2008 (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

Contudo, embora demonstre ser recente a utilização dessa terminologia, essencialmente tal instituto não é novo no direito brasileiro, pois antes da utilização da terminologia já havia controle de compatibilidade vertical tendo como parâmetro normas internacionais de direitos humanos, ainda que realizada sob a nomenclatura de controle de legalidade ou controle de constitucionalidade.

Ao se ter em conta, agora, da existência de um controle de *convencionalidade*, há que o distinguir do controle de *constitucionalidade*, e elencar os seus pontos em comum. Para que se realize tal tarefa, é importantíssimo ter em mente o “grau hierárquico” atribuído aos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, conforme afirma Piovesan (2014, p. 148):

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.

Denota-se, portanto, que o grau hierárquico superior ao tratado de direitos humanos serve como requisito para a existência do controle de convencionalidade em determinado sistema.

Assim sendo, tomemos como premissa o fato de que no Brasil os tratados de direitos humanos podem ter *nível constitucional*, ou *supralegal*⁷, a depender de sua aprovação ter tomado

⁶ Em outra passagem, defendendo que a consequência jurídica para a citada incompatibilidade é a “invalidez”, Mazzuoli (2009, p. 115) afirma que “[...]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.”

⁷ Fato que sustenta a “Teoria do Duplo Estatuto”.

o rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. No que diz respeito aos que adotaram o citado rito especial, a Constituição é clara ao afirmar que equivalem às emendas constitucionais.

Por sua vez, os demais tratados, firmados antes do acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, ou ainda, os firmados posteriormente sem seguir o rito de tal dispositivo, possuem caráter *supralegal*, tese essa advinda de construção jurisprudencial especialmente afirmada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

Mazzuoli é adepto da doutrina que faz a diferenciação entre tratados *materialmente constitucionais* e tratados *material e formalmente constitucionais*. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal é o dispositivo que torna um tratado *materialmente* constitucional, dispõe o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...] (BRASIL, 1988)

Portanto, todos os tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil seriam *materialmente* constitucionais, sendo que somente alguns deles seriam, além de material, também *formalmente* constitucionais, que é o caso dos que adotaram o rito especial (art. 5º, §3º da Constituição Federal) (MAZZUOLI, 2011, p. 379-380).

Nessa linha, o autor explicita também que os primeiros (*somente materialmente constitucionais*) seriam parâmetro somente do controle de convencionalidade difuso; ao passo que os segundos (*formal e materialmente constitucionais*) seriam parâmetro tanto do controle difuso, como do controle concentrado de

convencionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 380).

Pois bem, a Constituição Federal, quando expressa em seu art. 5º, §3º, que os tratados de direitos humanos “serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004), traz à tona uma interessante problemática.

Os tratados de direitos humanos que seguirem o rito especial serão equivalentes às emendas, e, portanto, farão parte da própria Constituição Federal⁸; desse modo há que se saber se tais tratados serão utilizados como parâmetro de um controle de constitucionalidade, ou de convencionalidade.

Nesse tema Mazzuoli (2011, p. 380) afirma que “[...] apenas quando existe afronta à *Constituição* mesma é que pode haver controle de *constitucionalidade* propriamente dito.” e, portanto, chega à conclusão de que quaisquer tratados de direitos humanos serão parâmetro de controle de *convencionalidade*. Mais adiante, ademais, sugere uma espécie de via processual, a “Ação direta de *Inconvencionalidade*” (MAZZUOLI, 2011, p. 381), e as correspondentes “versões” desse tipo de ação nas demais que realizam controle de constitucionalidade.

André de Carvalho Ramos (2015), por sua vez, traz enfoque diferente ao tema, com uma outra subcategorização, que diz respeito ao âmbito em que é realizado o controle.

Conceituando o controle de convencionalidade como “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais [...]” (RAMOS, 2015, p. 231), Ramos (2015, p. 321) o divide em: i) controle de convencionalidade de matriz internacional (autêntico, definitivo); e ii) controle de convencionalidade de matriz nacional (provisório, preliminar)⁹.

⁸ Quando o farão, também, parte do bloco de constitucionalidade restrito (RAMOS, 2015, p. 319)

⁹ Mazzuoli, ainda que não dê esse mesmo enfoque, também admite que o controle de convencionalidade seja realizado no campo internacional: “[...] não somente os tribunais internacionais devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade). Mas também os tribunais internacionais

Ressalta-se que a nomenclatura dada é de extrema importância, haja vista que indica o caráter “principal” do controle de matriz internacional, e assim é que tem que ser, porquanto se trata de norma de Direito Internacional Público, exigindo-se que haja uma uniformidade de interpretação e aplicação¹⁰.

Nesse sentido, denota-se que o controle há que ser realizado com proeminência (e não exclusividade) pelas cortes internacionais que possuem incumbência de aplicar as normas de Direitos Humanos.

Portanto, o que se realiza internamente não seria a rigor um *controle de convencionalidade*¹¹, este realizado pelas cortes internacionais. Ramos afirma, também, que “[...] é na realidade, um controle *nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade*, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados.” (2015, p. 321).

Nessa toada, inclusive, um tribunal internacional pode chegar à conclusão diversa da do tribunal interno (RAMOS, 2015, p. 322), sendo esta justamente a situação que nos deparamos com a apreciação da Lei da Anistia, onde houve divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda, expondo as diferenças entre ambos os controles (de matriz nacional e internacional), Ramos (2015, p. 322-323) destaca que o objeto de controle pode ser diverso, ao passo que as normas constitucionais originárias não submetem ao controle de convencionalidade nacional, podendo, contudo, submeterem-se ao controle das cortes internacionais¹².

[...]” (MAZZUOLI, 2009, p. 129)

¹⁰ Que viria a desaguar na segurança jurídica.

¹¹ No sentido de não ser o campo proeminentemente apropriado para ditar o alcance das normas internacionais, sem descartar que se trata de um exercício de compatibilização vertical, e que, Ramos, inclusive, não chega a afirmar não se tratar de um controle de convencionalidade.

¹² Outrossim, “A prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar o Direito Interno um mero fato, que expressa a vontade do Estado” (RAMOS, 2015, p.294)

Em vista disso, podem ocorrer colisões entre interpretações e, máxime, entre decisões de cortes internas e internacionais. Tal situação, ainda que talvez possa ser solucionada pela “Teoria do Duplo Controle”, conforme adiante se verá, traz grandes celeumas, e nessa seara Ramos (2015, p. 324) dispõe que:

É claro que o *controle nacional é importante*, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional ou quiçá supraconstitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer à interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos. Assim, a interpretação do conteúdo das normas sempre será uma fissura aberta entre os controles judiciais nacionais e o controle de convencionalidade internacional.

Assim, fica clara a “fissura” que pode ser gerada com eventual atrito, devendo haver meios pelos quais se dedique uma plena harmonia entre ambos os tribunais, surgindo, assim, a necessidade de que se tome conhecimento da Teoria do Duplo Controle.

2 TEORIA DO DUPLO CONTROLE

A Teoria do Duplo Controle visa a dar uma efetividade das normas protetoras de Direitos Humanos, não deixando de lado, contudo, o seu viés pacificador entre os ordenamentos interno e internacional.

Cabe em um primeiro momento traçar um paralelo ao que é tido como Duplo Controle e “primazia da norma mais favorável à vítima”. Tratam-se de duas máximas orientadoras dos Direitos Humanos que devem sempre andar juntas, mas que, contudo, não se confundem.

Ao se falar em Duplo Controle está a se tratar de um aspecto formal (processual) de exigência de análise dupla de compatibilização vertical de normas (tendo como parâmetro a norma de Direitos Humanos).

Por sua vez, a “primazia da norma mais favorável à vítima” é um viés material, de fundo, que serve como mandamento de sempre utilizar a norma mais benéfica, sem uma prévia concepção de superioridade da norma interna ou da norma internacional, ou seja

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. (TRINDADE, 2003, p. 542)

Tal aceção tem normatividade em diversos tratados de Direitos Humanos (inclusive na Convenção Americana), bem como na Constituição Federal, que conta com uma cláusula aberta de recepção em seu art. 5º, §2º.

Outrossim, tem-se que “a primazia da norma mais favorável à vítima” gera como efeito mandamental um “Diálogo das Fontes”, ao passo em que o Duplo Controle tem como consequência um “Diálogo entre as Cortes”¹³.

Pois bem, delineado o paralelo entre essas duas aceções, retoma-se a Teoria do Duplo Controle, propriamente.

Em suma, constatando esse fenômeno no Brasil, Ramos destaca que há uma “dupla garantia”, esta que se subdivide no controle de constitucionalidade e no controle de convencionalidade, que se realizam, respectivamente, interna e internacionalmente; frutos de “uma separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos” (RAMOS, 2014, p.

¹³ Tendo como base aqui um conceito ligeiramente mais amplo do que o dado por Ramos ao “Diálogo das Cortes”, que leciona ser a concepção (e concretização) pelos tribunais internos do quanto discutido e decidido pelos Tribunais Internacionais (RAMOS, 2014, p. 404-407), mencionando sobre a “necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional” (RAMOS, 2014, p. 405).

408)¹⁴.

Ao que já pode se constatar, o Duplo Controle mostra-se totalmente necessário à aplicação eficaz das normas internacionais de Direitos Humanos, resultando não somente em uma maior proteção do ser humano, mas também na reafirmação da competência das cortes internacionais, que a *contrario sensu* (não havendo o duplo controle), teria na prática uma subordinação vinculada aos tribunais internos.

Outrossim, a inexistência do Duplo Controle resultaria em uma alegação de julgamento interno para se furtar à responsabilização internacional, tendo como pressuposto decisão interna que expressa o seu próprio ponto de vista (do Estado), indo de encontro à norma geral de Direito Internacional Público¹⁵, que determina que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]” (BRASIL, 2009).

Portanto, já revelado o conteúdo e a importância do duplo controle, analisaremos as decisões proferidas em relação à Lei da Anistia, pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscando verificar a ocorrência desse duplo controle e do controle de convencionalidade.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Opta-se em primeiro tratar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 pela questão cronológica, tendo em vista que seu julgamento ocorreu antes do *Caso Gomes Lund*, ou seja, respectivamente, 29 de abril de 2010, e 24 de novembro de 2010.

¹⁴ Sem embargo de já ter afirmado, também, a existência de um controle de convencionalidade de matriz nacional (RAMOS, 2015, p. 321)

¹⁵ Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A espécie processual eleita para se discutir a constitucionalidade da Lei da Anistia fora a ADPF. Tal ação serve a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999), conforme dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

O “ato do Poder Público”, no caso, seria a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia)¹⁶, em especial o §1º de seu art.1º que segundo o autor da ação (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) seria inconstitucional por estender a anistia a agentes públicos e resultar em uma “auto anistia”.

Ressalta-se que não poderia ser proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade porquanto a Lei então atacada é anterior à Constituição Federal de 1988, e nesse caso a análise de constitucionalidade dar-se-ia no campo da recepção da norma, o que é feito em sede de ADPF. Melhor esclarecendo isso, temos o voto do relator no caso (Eros Grau):

A este tribunal incumbe, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aferir a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e atos normativos municipais e a Constituição, se e quando controversa tal compatibilidade, desde que não seja possível, a fim de que se a questione, a propositura de ação direta ou de ação declaratória. [...] (BRASIL, 2010)

Desse modo, a ação tinha como escopo aferir a compatibilidade entre o dispositivo legal e a Constituição, portanto, uma análise abstrata da norma, sem que fosse levado a juízo um caso concreto¹⁷.

A arguição então proposta teve com base petição inicial que, segundo decisão da Corte¹⁸ (BRASIL, 2010), continha duas linhas de argumentação, uma em relação a não recepção do dispositivo legal pela Constituição de 1988, e outra que solicitava

¹⁶ O objeto em si da demanda será melhor explicitado quando tratar da decisão no *Caso Gomes Lund*, quando será possível traçar as diferenças entre os objetos.

¹⁷ Ao contrário do caso julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teve como objeto o desrespeito a direitos humanos de determinadas pessoas.

¹⁸ Que, por sua vez, consistiu no voto do relator Min. Eros Grau, conforme acórdão.

a interpretação conforme a constituição, desse mesmo dispositivo.

Mais, salienta-se que na petição inicial, que delimita o objeto da demanda¹⁹, não fora pleiteado que se verificasse a compatibilização do dispositivo legal com nenhum tratado de Direitos Humanos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, no caso, não foi retirado da inércia para que realizasse um controle de convencionalidade.

Ou seja, somente fora pleiteado o controle de constitucionalidade, haja vista que fora alegada tão somente a incompatibilidade da norma com preceitos fundamentais constantes na Constituição Federal; fato esse de extrema importância para o tema aqui tratado, e inclusive destacado na posterior decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não foi instado a realizar o controle de convencionalidade, destacando apenas uma ligeira citação, na inicial, de que teria havido cinco decisões da Corte Interamericana no sentido que pleiteavam, sem, contudo, pedir que se analisasse a compatibilidade com alguma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos (que seria a norma parâmetro apta ao controle de convencionalidade).

Pois bem, via de consequência, o Supremo Tribunal Federal não realizou o exame de compatibilidade com nenhuma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, limitando-se a julgar o quanto proposto na petição inicial.

A demanda resumiu-se em discutir a compatibilidade com normas internas e a legitimidade do legislador que editou a Lei, vindo a ser julgada improcedente pelo tribunal.

A improcedência da demanda deu-se nos termos do voto do relator (BRASIL, 2010), que não se utilizou de normas de Direitos Humanos como *ratio decidendi* (nem como *obiter dic-*

¹⁹ Sem entrar na celeuma de se tratar de um processo objetivo, que poderia gerar conclusão diversa quanto à extensão da demanda.

tum, diga-se). A Corte Interamericana chegou à mesma conclusão quando do julgamento do *Caso Gomes Lund*:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 261)

Em razão disso, pode-se afirmar que, a rigor, a decisão do Supremo Tribunal Federal não julgou plenamente válida a Lei em questão, mas tão somente julgou que era compatível com a Constituição Federal.

Adiante, analisa-se o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, a fim de destacar suas peculiaridades e eventuais diferenças da decisão aqui tratada (do STF), para somente depois discutir especificamente sobre a harmonia entre ambas decisões.

4 CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

O *Caso Gomes Lund* tem como “foro” a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é vinculado às decisões da Corte em razão de a ter reconhecido como obrigatória pelo Decreto nº 4.463/02 (BRASIL, 2002), que tem como fundamento o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta que, por sua vez, o Brasil também aderiu, a promulgando pelo Decreto nº 678/92 (BRASIL, 1992).

Há, contudo, uma limitação temporal no reconhecimento da Corte, com marco em 10 de dezembro de 1998; somente podendo ser processada por atos posteriores à essa data.

Pois bem, a ação em questão fora proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que tem função similar à do Ministério Público no direito interno, e por entender ver desrespeitados Direitos Humanos, apresentou os respectivos fatos para a apreciação da Corte.

Denota-se que o objeto da presente ação é diverso do da então proposta no STF.

Aquela ação teve como objeto uma norma abstrata, e dentro disso, inclusive, fora questionado tão somente um viés, ou seja, a auto anistia.

Por sua vez, o processo no campo internacional teve como objeto um caso concreto, que foi a massiva violação de Direitos Humanos na Guerrilha do Araguaia com a subseqüente complacência do Estado, que não aplicou as sanções respectivas e nem fez cessar o delito de desaparecimento forçado.

Explanando outro ponto diferenciação, a Corte chegou a afirmar que:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 *supra*), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p.260)

O objeto, portanto, é mais amplo aqui, e não chega nem a se esgotar nas “autoanistias”, atacando toda a anistia que resultaria na omissão do estado ao repúdio e resposta às massivas violações de Direitos Humanos que teria então ocorrido na Guerrilha do Araguaia.

Esse comportamento do Estado, então repudiado pela ordem internacional, fora sustentado pela Lei 6.683/79.

A Lei da Anistia, portanto, serviu de base para que o Estado continuasse violando normas de Direitos Humanos, que obrigam o mesmo a investigar, punir, e dar uma resposta à sociedade, além de fornecer o aparato jurisdicional às vítimas.

De maneira mais clara, o objeto da ação proposta na

Corte:

[...] se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia [...]” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 219)

Tais fatos resultaram em violação aos seguintes direitos: reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão, e proteção judicial (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 219); todos esses constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em um primeiro momento foram analisadas as exceções preliminares (incompetência temporal do Tribunal, falta de interesse processual, falta de esgotamento dos recursos internos, e regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da ADPF), sendo que todas foram afastadas.

No que atine à incompetência temporal do Tribunal, fora alegado que a Corte somente teria competência aos fatos ocorridos após o reconhecimento da competência da Corte. Contudo, conforme fora ressaltado “este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 223) – referindo-se ao desaparecimento forçado – e, via de consequência, entendeu que a Corte seria competente para analisar os mesmos²⁰.

Quanto à última exceção preliminar – regra da quarta instância –, sua apresentação deu-se após a contestação do processo na Corte, quando o Estado informou que o Supremo Tribunal

²⁰ O julgamento nesse ponto foi parcialmente procedente, haja vista que foram encontrados os restos mortais de uma das vítimas, cessando, portanto, seu desaparecimento forçado, e consequentemente cessando a violação por omissão do Estado.

Federal teria julgado ADPF com a temática tratada naquele processo.

Tratava-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, e a informação de seu julgamento fora levada à Corte após o prazo oportuno para sua apresentação, contudo, aquele tribunal aceitou sua incorporação aos autos (como exceção preliminar) considerando ser um *fato superveniente*.

Em resposta, a Corte salientou que:

[...] o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 230)

Portanto, deixou claro que eventual julgamento interno não serve como obstáculo à análise pela Corte de violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por outro lado, elucidando o Duplo Controle e o controle de constitucionalidade e convencionalidade, fora dito que:

No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado [...] mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 230)

Desse modo, deixou nítida a diferenciação da apreciação do tribunal interno e do tribunal internacional, de maneira a afirmar que o julgamento interno não obstaculizaria aquele processamento, razão pela qual, nesses motivos, indeferiram referida exceção preliminar.

Quando do mérito, a Corte julgou todas as violações alegadas. Em relação ao desaparecimento forçado, reafirmou o seu caráter permanente (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 247), e quando discutindo sobre a obrigação do Estado “considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a investigação penal

e o conseqüente julgamento constituem medidas corretivas necessárias para as violações de direitos humanos. ”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 252)

Assim, para a Corte, a resposta às graves violações de Direitos Humanos só será efetiva se feita pelo Direito Penal do Estado. Trata-se de um viés punitivo que se encontra presente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto em mandados de criminalização²¹, como na responsabilização dos Estados pela omissão de punição penal.

Em face das violações constatadas pela Corte, fora discutida a reparação a que o Estado estaria obrigado, oportunidade em que “[...] a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente [...] (2014, p. 279).

Por derradeiro, condenou o Brasil pelas violações ocorridas no território nacional, ordenando, dentre outras medidas, reparações delineadas na sentença (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 294-295), bem como a investigação e punição dos delitos praticados naquela época, alertando para o fato de “Para isso, o Estado deve levar em consideração que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 280).

E, seguindo:

Por esse motivo, o Brasil deve adotar todas as medidas que sejam necessárias para assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a persecução penal contra graves violações de direitos humanos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 280)

Desse modo, restou esvaziada a anistia então concedida pela Lei 6.683/79, declarando, portanto, a incompatibilidade

²¹ Disposições “convencionais” que dão uma ordem ao legislador interno, para que tipifique tal conduta como crime. Como exemplo no caso da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, recentemente promulgada pelo Decreto nº 8.767/16, que em seu art. 4º estipula: “Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu Direito Penal” (BRASIL, 2016)

vertical dessa com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em um controle de convencionalidade internacional.

Sendo assim, já expostas ambas as decisões que se havia proposto analisar, cumpre traçar as características atinentes à harmonia entre elas.

5 HARMONIA DAS DECISÕES INTERNA E INTERNACIONAL

Para que se verifique a harmonia entre as decisões, é necessário resgatar o quanto exposto em relação ao controle de convencionalidade e à teoria do duplo controle.

Conforme já demonstrado, as decisões não ocorrem de maneira a uma excluir a outra, e sim se complementarem, ocorrendo assim o duplo controle.

Ao se falar de duplo controle, está a se dizer que o controle de convencionalidade deve ser feito nas duas instâncias (interna e internacional), sendo que a decisão no campo internacional terá maior peso, porquanto se trata do controle “autêntico”, nos dizeres de André de Carvalho Ramos.

Assim, em suma, teremos três análises de compatibilidade vertical da legislação infraconstitucional: i) controle de constitucionalidade (a ser exercido pelo tribunal constitucional); ii) controle de convencionalidade de matriz nacional; e iii) controle de convencionalidade de matriz internacional.

Quanto ao controle de convencionalidade, temos que:

[...] quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 260)

Portanto, ao se submeter a um tratado internacional de Direitos Humanos (no presente caso a Convenção Americana),

o Estado terá que o aplicar, surgindo daí uma espécie de mandamento para a realização do controle de convencionalidade de matriz nacional.

Contudo, conforme mencionado, tal controle (de matriz nacional) será somente provisório, preliminar; uma vez que quem diz o real alcance, interpretação e aplicação das normas de Direitos Humanos é a Corte Internacional, para que assim uniformize o sentido e aplicação daquela norma, que será aplicada não somente àquele Estado, mas a todos os signatários, prescindindo, portanto, de uma aplicação uniforme para que se garanta um mínimo de segurança jurídica.

Em razão disso, a Corte Interamericana afirma que “[...] Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 260).

Portanto, o controle de convencionalidade nacional há que ser feito pautado nas decisões da Corte Interamericana, e não somente na norma da Convenção Americana, de maneira a dar efetividade ao tratado e afirmar a jurisprudência acerca do mesmo.

Retomando a temática, Lei da Anistia, teríamos basicamente que verificar eventual colisão entre as decisões. Contudo, tal colisão ocorreria se as duas decisões tivessem como parâmetro a mesma norma.

Ou seja, abriria a discussão sobre colisão somente se houvesse controle de convencionalidade em ambos as “instâncias”. Ainda, somente se ambas as decisões tivessem com parâmetro de compatibilidade a Convenção Americana, o que não ocorreu.

Ainda que ocorresse controle de convencionalidade em ambas as decisões, como já sinalizado aqui, provavelmente a solução seria privilegiar a decisão “autêntica”, ou seja, da Corte

Interamericana. Ocorre que esse não foi o caso, e via de consequência essa não é a discussão.

O que ocorreu, de fato, fora a análise de compatibilidade vertical tomando em conta normas diversas como parâmetro. Na Corte Interamericana o parâmetro de controle foi a Convenção Americana, ao passo em que no Supremo Tribunal Federal o parâmetro de controle foi a Constituição Federal. Nesses termos, inclusive, a Corte Interamericana, referindo-se ao julgamento da ADPF, afirmou que:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 261)

Portanto, o Tribunal não entrou na celeuma de compatibilidade com o tratado, limitando-se apenas a analisar a compatibilidade com a Constituição Federal, que, conforme Ramos (2015, p. 397):

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Sendo assim, reafirmamos que, a rigor, não houve declaração de plena validade da Lei. O que houve foi tão somente a afirmação de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Tal decisão, ao transitar em julgado²², não obstará que se efetuasse o controle de convencionalidade internacional, e nem, diga-se, o nacional. Poderia, inclusive, ser proposta outra

²² Ressalta-se que na presente data o trânsito em julgado ainda não ocorreu, tendo sido apresentados Embargos de Declaração, e a ação fora apensada à outra, ainda não julgada.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo como “causa de pedir” a compatibilidade com a Convenção Americana, e assim, de fato realizaria o controle de convencionalidade de matriz nacional.

Desse modo, não há dúvida da harmonia de ambas as decisões, visto que proferidas em campos diversos, tomando parâmetros de controle diversos.

CONCLUSÃO

A temática aqui tratada possui uma certa complexidade, haja vista que aparentemente seriam duas decisões que se colidiriam, o que poderia causar certa discussão acerca da soberania, de institutos processuais interno e internacionais, bem como da atitude que o Estado deveria tomar frente a ambas decisões.

Ocorre que a colisão é apenas aparente, e o que acontece de fato é que as ações têm causas de pedir diversas, e seus julgamentos tomaram como parâmetro normas diversas, portanto.

Ainda que possa se discutir que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria uma ação objetiva, e, portanto, o Tribunal tivesse que obrigatoriamente fazer a análise de compatibilidade com todo o ordenamento superior (Constituição e tratados de Direitos Humanos), tal fato não ocorreu.

O Brasil perdeu grande oportunidade de fazer o controle de convencionalidade já na ADPF nº 153 e aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana acerca da Convenção Americana, o que resultaria na declaração de invalidade da Lei da Anistia, e não somente no ponto pleiteado na ADPF, mas em tudo o que dizia respeito à omissão estatal na punição dos que atentaram contra os Direitos Humanos.

Tal acontecimento é de fácil explicação. O que ocorre é a falta de amadurecimento das instituições nacionais na aplicação dos Direitos Humanos oriundos de tratados internacionais, o que pode ser visto não somente na decisão, como também na

petição inicial, onde não fora nem citada a Convenção Americana como parâmetro de compatibilidade.

Os Direitos Humanos, no Brasil, prescindem, portanto, de grande amadurecimento, evoluindo do atual estágio de simples argumento retórico, para o verdadeiro estágio de normatividade plena, fazendo-se presente no Direito, desde as primeiras instâncias.



REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. (1988). Constituição. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 33 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

. *Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

. *Decreto n.º 8.767, de 11 de maio de 2016*. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153*. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em:

16 de junho de 2016.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (2011). *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Senado Federal*, Brasília: jan.mar. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em: 16 de junho de 2016.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. V. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. (2014). *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- RAMOS, André de Carvalho. (2014). *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- _____. (2015). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva.
- _____. (2015). *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (1991). *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- _____. (2003). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.