

Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil)*

O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil

RESUMO

A interação entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade no Brasil é ainda muito recente. O Supremo Tribunal Federal nunca examinou diretamente essa dinâmica de julgamento, embora já haja analisado a estatura dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. O Supremo analisou o tema em julgamento sem maioria absoluta e por diferença de apenas um voto, e decidiu que o *status* atribuído aos tratados tem caráter de supralegalidade, um patamar entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, e não grau constitucional atribuído em outros países. Dois temas julgados pelo Supremo e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são analisados no artigo: a prisão civil de depositário infiel e a validade de aplicação da Lei de Anistia da época da ditadura também em favor de agentes do Estado. Neles se expressam conclusões aparentemente colidentes. Uma grande mudança de composição do Supremo, com uma maioria de ministros que não participaram das decisões anteriores, pode levar a mudanças nos dois casos. Há que se aguardar a maturação das posições a serem adotadas pelo Supremo do Brasil.

Palavras-chave: direito internacional sobre direitos humanos, Controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, Lei de anistia, direito constitucional, Brasil, Jurisprudencia constitucional, Direitos humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Zusammenhang zwischen der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des nationalen Rechts und seiner Vereinbarkeit mit internationalen Verträgen ist in Brasilien erst vor Kurzem ins Bewusstsein gerückt. Im Rahmen seiner Gerichtsentscheidungen hat das oberste Bundesgericht Brasiliens diese Dynamik zwar bisher nie direkt untersucht, es hat

* Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2013-2018). Advogado, atua na proteção dos Direitos Sociais perante os tribunais superiores do Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

sich jedoch bereits zur Stellung der internationalen Menschenrechtsverträge in der nationalen Rechtsordnung geäußert. In einer ohne absolute Mehrheit und mit einer relativen Mehrheit von gerade einmal einer Stimme getroffenen Entscheidung hat das oberste Bundesgericht dieses Thema erörtert und ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass der Rang der internationalen Verträge über dem der einfachen Gesetze liegt, zwischen den einfachen Gesetzen und der Verfassung, dass aber die internationalen Verträge nicht wie in anderen Ländern selbst Verfassungsrang haben. Zwei vom obersten Gerichtshof und vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedene Rechtsfragen werden in dem Artikel erörtert: der Arrest von Personen, die anvertrautes Vermögen veruntreuen, und die Rechtmäßigkeit der Anwendung des Amnestiegesetzes für die Zeit der Diktatur zugunsten von Vertretern des Staates. Daraus scheinen sich übereinstimmende Rechtsfolgen zu ergeben. Eine weitgehende Veränderung der Zusammensetzung des obersten Gerichtshofes mit der Folge, dass die Mehrheit der jetzigen Richter nicht mehr an den früheren Entscheidungen beteiligt war, kann jedoch zu Rechtsprechungsänderungen in beiden Fälle führen. Es wird abzuwarten sein, welche Positionen der oberste Gerichtshof Brasiliens einnehmen wird.

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Prüfung der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen, Amnestiegesetz, Verfassungsrecht, Brasilien, Verfassungsrechtsprechung, Menschenrechte.

ABSTRACT

In Brazil, the interaction between constitutionality control and conventionality control is still very recent. The Supreme Federal Court has never made a direct review of the dynamics of these judgments, although it has analyzed the importance of international human rights treaties within the national legal system. The Supreme Court dealt with the topic in a judgment rendered by a majority of only one vote, holding that treaties have supra-legal status, at a level between infra-constitutional laws and the constitution, and not the constitutional hierarchy which they are given in other countries. The paper reviews two topics that have been decided by the Supreme Federal Court and by the Inter-American Court of Human Rights: civil imprisonment of unfaithful bailees and the validity of applying the Amnesty Law of the dictatorship in favor of state agents. Apparently contradictory conclusions are expressed. A significant change in the composition of the Supreme Court, with a current majority of judges who did not participate in earlier rulings, may produce a shift in the way cases are decided. We must await the development of the Supreme Court's positions.

Keywords: International human rights law, constitutionality control, conventionality control, Amnesty law, Constitutional law, Brazil, Constitutional case law, Human rights.

1. A internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil

1. A Constituição brasileira de 1988, surgida no início do período de mais recente redemocratização do País, trouxe em seu conteúdo um largo catálogo de dispositivos com salutar foco na pessoa humana, razão pela qual foi batizada de “Constituição Cidadã”. Ela é o esteio do mais longo período de vivência democrática já experimentado pela Nação e teve a sabedoria de incorporar as normas internacionais de Direitos Humanos, dedicando também a esses direitos lugar privilegiado de norma fundacional, de pilar do sistema constitucional. Os tratados sobre direitos humanos integram, a partir de então, o núcleo duro da Constituição.

2. Em sua redação originária, ela parecia evidenciar a elevação dos tratados internacionais ao *status* constitucional. Com efeito, o § 2º do artigo 5º merece análise atenta:

§ 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.

3. O dispositivo claramente incorpora os tratados internacionais ao conjunto dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda existem debates sobre a formalidade constitucional desses instrumentos. A doutrina defende um *status* hierárquico constitucional, o que o Supremo Tribunal Federal não aceitou até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Materialmente*, parece inegável que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais integram o núcleo de direitos fundamentais, do que se extrai do dispositivo transcrito. Foi nesse sentido que se posicionou o professor e juiz Cançado Trindade, proponente desse dispositivo perante a Assembleia Nacional Constituinte, segundo quem entender o contrário tornaria o § 2º do artigo 5º inócuo e sem efetividade, contrariando o princípio da máxima eficácia da Constituição.

4. A definição de qual norma deve prevalecer, interna ou internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial. Em outras palavras, deve prevalecer aquela norma que conferir a proteção mais ampla ao ser humano; claro está que os direitos humanos constituem pilares substantivos do sistema constitucional, reforçando-o, complementando-o e densificando-o.

5. No entanto, se a interpretação constitucional que vinha sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal negava a incorporação com a devida força aos tratados internacionais, somou-se a ela a criticada Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para muitos um retrocesso porque adicionou ao artigo 5º da Constituição Federal (CF) o § 3º, assim redigido:

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

6. Como visto, tornou-se o procedimento mais extenso, restritivo e dificultoso para a plena incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: passou a exigir aprovação nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos congressistas, após o que serão equivalentes às emendas constitucionais. Em realidade a mudança de procedimento foi tal que se passou a exigir aprovação congressional como se fora um projeto ordinário de emenda constitucional. Assim, os tratados sobre direitos humanos internalizados sob esse estrito procedimento é que se tornarão livres do debate sobre serem material e formalmente constitucionais.

2. O fato é que, mesmo após a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 45, permanece a discussão a respeito da posição normativa dos tratados de direitos humanos promulgados em período anterior a essa inovação, e até quanto aos posteriores que não venham a seguir o processo de internalização estabelecido pela Emenda. Vale ressaltar que na primeira hipótese se encontram diversos tratados importantes ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Convenção), objeto deste artigo.

3. Em 2008, o Supremo Tribunal Federal emitiu seu posicionamento mais recente sobre o tema, consignado nos acórdãos¹ dos Recursos Extraordinários (RE) nº 466.343-1/SP e nº 349.703-1/RS e dos Habeas Corpus (HC) nº 87.585-8/TO e nº 92.566-9/SP², nos quais se discutiu a prisão civil do depositário infiel³ e a possibilidade de sua aplicação após a ratificação da Convenção Americana⁴. Segue a ementa do acórdão no RE nº 349.703-1:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar

¹ No Brasil, “acórdão” significa sentença proferida por tribunal, decisão coletiva.

² O julgamento dos processos em questão foi finalizado no dia 3 de dezembro de 2008. O RE nº 349.703-1/RS começou a ser analisado em 2003, o RE nº 466.343-1/SP em 2006, o HC nº 87.585-8/TO em 2007 e o HC 92.566-9/SP no próprio dia 3 de dezembro de 2008. Esses dados são importantes para que se atente à ocorrência de mudanças na composição do Supremo Tribunal Federal durante esse período.

³ O artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal estabelece que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁴ Em decorrência do julgamento dos RE nº 349.703 e 466.343, foi aprovada súmula vinculante com o seguinte teor: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)”. (Recurso Extraordinário nº 349.703-1/ Rio Grande do Sul. Relator Originário: Ministro Carlos Ayres Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Dje nº 104. Publicação: 05/06/2009 – grifo nosso).

4. No Supremo Tribunal Federal (STF), portanto, a questão sobre a hierarquia jurídica dos tratados sobre direitos humanos foi discutida de forma incidental ao se analisar a possibilidade de prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico atual. Na ocasião, a tese vencedora, encabeçada pelo ministro Gilmar Mendes, posiciona os tratados internacionais sobre direitos humanos acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição⁵. Entendeu o Ministro que a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição é uma declaração eloquente de que os tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente não são equivalentes às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, ressalta o caráter especial destes tratados em relação aos demais, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Assim, “os tratados sobre Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”⁶. Completou seu voto então no seguinte sentido:

“Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**

Nesse sentido, é possível concluir que, **diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão**

⁵ Vale ressaltar que nem todos os ministros se manifestaram de forma expressa durante o julgamento das ações destacadas. A tese da supralegalidade, por exemplo, contou com os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski, que não discorreram sobre a temática, resumindo-se a acompanhar o relator Ministro Gilmar Mendes no RE nº 349.703-1. Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio entendeu não ser necessário abordar a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos para resolver a questão principal do processo. De todo modo, contando com votos implícitos e explícitos, a corrente da supralegalidade foi defendida pelos ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, somando quatro votos. Há ainda a posição do Ministro Menezes Direito, consubstanciada no entendimento de que os tratados de Direitos Humanos possuem hierarquia especial.

⁶ Gilmar Mendes. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, p. 727.

do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional** que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

(...)

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel**⁷ (destaques nossos).

5. É importante ressaltar, entretanto, que foi apertada a vitória da tese da inexistência de índole constitucional: apenas um voto de diferença, sendo que os cinco votos a favor do *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº 45/2004⁸ foram firmes no sentido de que seriam materialmente constitucionais em razão do § 2º do artigo 5º da CF, segundo o qual os direitos e garantias previstos na 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. De acordo com esse entendimento, os tratados sobre direitos humanos no Brasil seriam enquadrados da seguinte forma:

(...) “existência de **três distintas situações** concernentes a referidos tratados internacionais:

a) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento **anterior ao da promulgação da Constituição** de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

b) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em **data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004** (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

⁷ Gilmar Mendes. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 733 e 734.

⁸ Defenderam a constitucionalidade os ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau, todos de forma expressa.

⁹ “§ 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.”

c) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004** (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”).¹⁰ (destaques nossos).

6. O ministro Celso de Mello foi o principal defensor de tal posicionamento, sobre o qual fez a seguinte ressalva:

“Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

(...)

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral – e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política – impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais.”¹¹

7. Assim, não obstante o caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não se sobrepõem, conforme a interpretação do ministro Celso de Mello, à Constituição e a seus valores fundamentais, não sendo aplicadas as disposições que venham a causar retrocesso em relação às garantias já estabelecidas. Pode-se dizer que, *mutatis mutandis*, prevalecerá a Convenção se a Constituição for menos protetiva.

8. Do mesmo modo que não há posição definitiva sobre a estatura das normas internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno, não há consenso no STF sobre os efeitos da incorporação desses diplomas em relação à legislação infraconstitucional. Ao tratar da prisão civil do depositário infiel, o ministro Gilmar Mendes fala em efeito paralisante dos tratados sobre a legislação ordinária. O ministro Celso de Mello, por seu turno, entende que os dispositivos legais contrários à Convenção Americana não foram recebidos pelo ordenamento constitucional em vigor¹². Já o ministro

¹⁰ Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 795-797.

¹¹ Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 813-815.

¹² “(...) o Decreto-Lei n. 911/69 – no ponto em que, mediante remissão ao que consta no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC (art. 904 e respectivo parágrafo único), permite a prisão civil do deve-

Marco Aurélio, embora não se filie a nenhuma das duas correntes, se manifestou no sentido de que as normas infraconstitucionais foram revogadas pelo Pacto de São José¹³.

9. Nota-se que, embora a posição a respeito da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel se tenha consolidado, permanecem importantes divergências sobre a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos e suas consequências. Apesar de a maioria dos votos em 2008 ter sido contrária a considerar os referidos tratados como de estatura constitucional, é importante ressaltar que apenas quatro dos nove participantes do julgamento (embora a composição total seja onze ministros, dois não participaram) votaram pela tese da supralegalidade, além de um voto que se somou à corrente no sentido de entender que tais tratados não têm natureza constitucional, mas especial (Ministro Menezes Direito). Do outro lado, foram quatro votos por considerar de estatura constitucional, uma maioria colhida por apenas um voto de diferença. Daquela composição que votou, atualmente apenas seis ministros permanecem no STF¹⁴, sendo que dois deles ainda não se manifestaram sobre o assunto: os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa,^{15, 16, 17}

dor fiduciante – não foi recebido pelo vigente ordenamento constitucional, considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre o referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República.”. Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, p. 822.

¹³ “*Em síntese, com a introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto Referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel.*” Marco Aurélio. Voto: Habeas Corpus nº 87.585, p. 240.

¹⁴ Composição do STF em 2008: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Joaquim Barbosa. Composição atual (junho de 2013): Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso.

¹⁵ O ministro Celso de Mello resumiu o quadro de votos da seguinte maneira: “*Houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO). O eminente Ministro MARCO AURÉLIO não perfilhou qualquer dessas duas orientações. (...) Observo, por relevante, que, embora majoritária (cinco votos), a tese da supralegalidade ainda não foi acolhida pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, eis que a corrente que confere natureza constitucional aos tratados internacionais em referência foi sufragada por 04 (quatro) votos (o meu próprio e os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO e EROS GRAU). Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nesta causa, pois, além do Ministro MARCO AURÉLIO – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das 02 (duas) correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica -, também o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA não se pronunciou sobre essa específica questão.*” Celso de Mello. Voto: Habeas Corpus nº 92.566-9, pp. 466 e 467.

¹⁶ Vale ressaltar que o ministro Marco Aurélio, ao relatar o HC nº 92.566, expressou entendimento inicial de que a Convenção Americana possui *status* de legislação ordinária: “*Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação das normas estritamente legais disciplinadoras da prisão do depositário infiel. Em síntese, o preceito da Convenção*

bem como os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, que passaram a integrar a Corte em período posterior ao julgamento das ações em comento. Em suma, observa-se que na atual composição do Supremo apenas quatro se manifestaram e sete não se pronunciaram sobre o *status* constitucional ou não das normas internacionais sobre direitos humanos.¹⁸

10. De qualquer sorte, deixando de lado o debate sobre a CADH ser de estatura constitucional ou supralegal, é importante observar que o STF levou em consideração os termos da Convenção Americana e adotou a jurisprudência da Corte Interamericana de modo a interpretar a legislação ordinária e também a própria Constituição! Sim, porque mesmo ao afirmar que a Constituição prevalece em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos e não pode por estes ser revogada, entendeu que os tratados internacionais paralisam a legislação ordinária de regulamentação da Constituição e impedem o surgimento de leis novas neste sentido por colisão com a Convenção e com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ao admitir a impossibilidade de regulamentação da Constituição (*art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*), cujos termos contrariam a CADH, paralisou a eficácia também da Constituição para todo o sempre, embora sem redução de texto. Desta forma, o Supremo realizou verdadeiro controle de convencionalidade e deu prevalência prática aos termos da CADH e da jurisprudência da Corte IDH em face da Constituição.

11. Em conclusão, pelo fato de (a) a maioria ter sido de um único voto contra a estatura constitucional, (b) de a composição que participou daquele importante julgamento ter sido de apenas nove dos onze ministros, e (c) ter havido grande mudança na composição do Supremo no período, leva-se a crer que o debate sobre a hierarquia jurídica dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro está em aberto e que ela pode ser revertida em um novo julgamento.

Americana sobre Direitos Humanos limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário. Min. MARCO AURÉLIO. Voto: Habeas Corpus nº 92.566, p. 456. Não tornou, contudo, a expressar esse posicionamento nos votos dos demais processos em análise, optando por acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 349.703-1. Observa-se, então, que o Ministro tem implicitamente se filiado à corrente da supralegalidade, o que também pode ser extraído do seguinte trecho do voto que proferiu no RE nº 466.343: “(...) subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada.” Marco Aurélio. Voto: Recurso Extraordinário nº 466.343, p. 1.208.

¹⁷ O ministro Joaquim Barbosa, embora não tenha se pronunciado sobre a questão, já fez declaração nos seguintes termos: “(...) na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência (...) há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo” Joaquim Barbosa. Voto: Recurso Extraordinário nº 466.343, p. 1.201.

¹⁸ Dos ministros que já se pronunciaram: Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski são a favor da supralegalidade, lembrando que estes dois últimos apenas acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes; e o ministro Celso de Mello é a favor da constitucionalidade.

12. Exposto o estado da arte no Supremo dos tratados sobre direitos humanos, segue análise de um importante caso sobre aplicação da Constituição Nacional e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos alusivamente à validade ou nulidade da Lei de Anistia do regime militar (1979) para favorecer agentes do Estado, em que é possível observar as implicações práticas desse quadro indefinido.

2. Controle de constitucionalidade vs. controle de convencionalidade: a Lei de Anistia de 1979

2.1. O Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

13. Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153)¹⁹ com o objetivo de ver declarado o não recebimento do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia)²⁰ pela Constituição Federal de 1988. A OAB requereu ainda que o

¹⁹ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental abarca tanto o controle concentrado como o controle difuso de constitucionalidade e possui caráter subsidiário. Tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal não possui um conceito fechado sobre quais seriam os preceitos fundamentais. Entretanto, adota como indicativo o voto do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33-5/PA, que possui o seguinte teor: “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).” Gilmar Mendes. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33, p. 11. Tal posicionamento foi invocado pelo Ministro Eros Graus no julgamento da ADPF nº 153, a ser analisada mais adiante. Vale ressaltar, porém, que referido conceito não é unânime entre os membros do STF, tal como explicita o ministro Carlos Ayres Britto: “É que tenho a tendência de fixar constitucionalmente a expressão “preceito fundamental” enquanto direito ou garantia que a própria Constituição chama de fundamental. E a Constituição só usa o adjetivo “fundamental” em duas oportunidades: para caracterizar os princípios (Título I – Dos Princípios Fundamentais); e para caracterizar certos direitos e garantias (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Por isso é que me inclino a pensar, cada vez mais, que “preceito fundamental” é apenas aquele inserto no Título II da Constituição, é aquela regra que está a serviço de um princípio fundamental da República.” Ayres Britto. Voto: Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33, p. 40.

²⁰ Art. 1º – É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos

STF, dando interpretação conforme à Constituição, declarasse que a anistia aos crimes políticos ou conexos não se estendia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante a ditadura militar.

14. Em 29 de abril de 2010, por sete votos a dois²¹ (neste julgamento também não participou a composição completa com os onze ministros), o STF confirmou o caráter amplo e geral da Lei de Anistia, incorrendo na manutenção da interpretação de que a anistia teria sido bilateral, abrangendo tanto os agentes da ditadura como as vítimas do regime, bem como sua recepção pela ordem constitucional democrática. Ressalvadas as opiniões dos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, a Corte foi unânime ao entender por crimes conexos aos crimes políticos, e, portanto, anistiados, os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes do Estado. Nos termos do voto do Relator, ministro Eros Grau:

“Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. (...) A arguente tem razão: o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.”²²

15. No entendimento do Relator, a Lei de Anistia enquadra-se nas leis-medida, as quais “*configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas tra-*

Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

²¹ No entanto, dos sete votantes pela corrente majoritária, continuam no STF apenas quatro ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Aposentaram-se Eros Grau, relator, Ellen Gracie e César Peluso. Os ministros Carlos Ayres Britto (que também se aposentou) e Ricardo Lewandowski votaram pela invalidade parcial da Lei. Joaquim Barbosa e Dias Toffoli não participaram daquele julgamento porque estavam respectivamente em licença médica e impedido no processo específico. Também não votaram no processo, porque ainda não integravam o Tribunal, os ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso. A grande mudança de composição favorece a modificação do precedente.

²² Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 26.

zendo em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem”.²³ Assim, não haveria espaço para uma interpretação atual do significado da anistia: a “*Lei de Anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida*”. A “*Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada*”.²⁴

16. Destaca-se ainda o voto do ministro Celso de Mello, o qual se referiu expressamente à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando-a não aplicável ao caso:

“Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006), proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas ‘leis de auto-anistia’. (...) É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”²⁵

17. Ocorre que, ao efetuar posteriormente controle concentrado de convencionalidade, a Corte Interamericana rechaçou a interpretação acima e julgou a Lei de Anistia brasileira incompatível com os preceitos da Convenção Americana. Fala-se do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, em que se determinou a inaplicabilidade da Lei nº 6.683/79 naquilo em que é interpretada como anistiando agentes do Estado, interpretação esta contrária não só à Convenção, mas também à reiterada jurisprudência da Corte Interamericana²⁶.

²³ Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 31.

²⁴ Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 34.

²⁵ Celso de Mello. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, pp. 183 e 184.

²⁶ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006; e Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006.

2.2. A Corte IDH e o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil

18. Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra o Brasil, que se originou na petição apresentada em 7 de agosto de 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela organização não governamental *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares. Posteriormente, somaram-se ao caso, como peticionários, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Ângela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

19. A demanda refere-se à responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985). A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, em virtude da Lei nº. 6.683/79 (Lei de Anistia), o Estado não realizou investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

20. Em 24 de novembro de 2010, poucos meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem impactar outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana.²⁷

21. Determinou ainda, entre as principais reparações, que o Estado conduza a *investigação de forma eficaz, processe e puna os agentes da ditadura, garantindo que as ações penais contra os responsáveis militares sejam examinadas na jurisdição civil ordinária*. A Corte determinou, ainda, que os familiares das vítimas possuem o direito de identificar o paradeiro de seus mortos e desaparecidos. Condenou o Brasil também a publicar a

²⁷ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 174.

sentença em diferentes meios; realizar ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional em relação aos fatos do caso; indenizar pelos danos materiais e morais causados; estabelecer programa de Direitos Humanos nas Forças Armadas; tipificar o crime de desaparecimento forçado; fortalecer o marco normativo de acesso à informação; e estimulou a instalação de uma Comissão da Verdade.

22. Quanto à característica de a anistia brasileira configurar-se uma anistia propriamente dita, uma autoanistia ou um acordo político, pontos também presentes no julgamento do STF, a Corte expressou o seguinte entendimento:

“(...) a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.”²⁸

23. Assim, a Corte Interamericana, ao analisar a Lei de Anistia, verificou sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte considerou que a posição majoritária do Poder Judiciário brasileiro, ratificada pelo STF, não efetuou sua obrigação de realizar o controle de convencionalidade da referida norma, como decorre de suas obrigações internacionais.

“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. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos

²⁸ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 175.

Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.”²⁹

24. Trata-se de um caso típico de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional pacificada.

25. De fato, está-se diante de situação peculiar. A Convenção Americana foi ratificada e internalizada pelo Brasil sem reservas significativas³⁰ e com o reconhecimento total da competência da Corte Interamericana.³¹ Assim, o presente tratado é materialmente compatível com a Constituição Federal. Ao mesmo tempo, o STF atribui aos tratados sobre direitos humanos, incluída a Convenção Americana, posição supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, a Convenção está acima da Lei de Anistia, sendo parâmetro de validade e interpretação desta última.

26. Ao julgar, porém, o STF não analisou a Lei de Anistia em face da Convenção, de modo a exercer seu papel no controle de convencionalidade. Simplesmente considerou a lei constitucional. Ocorre que, ao analisar a prisão civil do depositário infiel³², o STF considerou vigente o artigo constitucional que versa sobre o tema, mas as leis infraconstitucionais que o regulamentam tiveram a sua eficácia paralisada em razão da internalização da Convenção. Questiona-se, então, qual o motivo de esse raciocínio não ter sido adotado na ADPF nº 153, adequando a interpretação da Lei de Anistia aos padrões hermenêuticos da Corte Interamericana³³. Ou seja, seguindo a tese da supralegalidade,

²⁹ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 177.

³⁰ Declaração formulada pelo Brasil no ato de adesão à Convenção Americana: O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerá da anuência expressa do Estado. Fonte: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em 8 de novembro de 2012.

³¹ Reconhecimento da competência da Corte: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Fonte: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em 8 de novembro de 2012.

³² Ver tópico 1 do artigo.

³³ Vale lembrar que a anistia política está prevista no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

o artigo da Constituição não teria sido revogado, mas a Lei de Anistia deveria ser aplicada de forma compatível com a Convenção, restando paralisada se contrária a ela. Ante o exposto, percebe-se que a decisão do STF na ADPF nº 153 deixou de analisar ângulo fundamental alusivo à tese da supralegalidade firmada por sua própria jurisprudência; muito menos atende à jurisprudência da Corte Interamericana.

27. Ao mesmo tempo, a Corte Interamericana descartou a validade de qualquer discussão a respeito da origem da Lei de Anistia brasileira e de sua interpretação corrente, anulando o argumento vencedor no STF de que a anistia brasileira ampla é fruto de um acordo político e não imposição do regime ditatorial para possibilitar a transição.

28. Não há dúvidas de que a jurisprudência sobre controle de convencionalidade exercido em último grau pela Corte deverá ser seguida por todos os países que reconhecem sua jurisdição contenciosa, fazendo-a prevalecer quanto à interpretação da CADH. Entre a Constituição nacional e a CADH deve aplicar-se sempre a mais benéfica na proteção das pessoas. Ademais, o controle de convencionalidade não se aplica somente às leis internas, mas também às Constituições dos Estados nacionais.

29. Para além de definitivas e inapeláveis, as sentenças da Corte são de cumprimento obrigatório (artigo 68 da Convenção Americana). Ao reconhecer a competência contenciosa da Corte, o Estado assume o compromisso de cumprir as suas decisões por meio da modificação de sua legislação interna e adequação da jurisprudência local.

30. Nesse aspecto, vale observar que não prosperam eventuais interpretações no sentido de que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana implicaria afronta à soberania nacional. Essa é uma discussão antiga e superada no âmbito do Direito Internacional. Os Estados são livres e soberanos para optarem pelos tratados internacionais que desejem ratificar, mas uma vez que o tiverem feito não podem escusar-se de cumpri-los. No caso sob análise, tanto a ratificação da Convenção Americana quanto o reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana pelo Brasil se baseiam em atos de soberania do País. Ambos foram praticados em observância da Constituição Federal brasileira e são decorrência dos seus artigos 4º, inciso II³⁴; 5º, §§ 2º e 3º³⁵; bem como do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁶. Descumprir sentenças da Corte IDH constituiria, sim, mácula à decisão soberana brasileira de a ela se submeter.

³⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos.

³⁵ Art. 5º

§ 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

³⁶ Art. 7º da ADCT: O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

31. A responsabilidade internacional do Estado, advinda de ato soberano de aceitação, é o pilar da obrigação de cumprir decisão oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que o Estado deve cumpri-la de boa-fé, como reafirmado pela Corte no caso Gomes Lund, sem que se valha de motivos de âmbito interno para subsidiar recusa em fazê-lo. As obrigações convencionais dos Estados-membros da Convenção vinculam todos os seus poderes e órgãos, que por sua vez devem garantir o cumprimento das disposições desse instrumento legal e seus efeitos próprios no plano de seu direito interno.

32. Não se pode olvidar que para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção Americana equivale a uma Constituição supranacional atinente aos direitos humanos. Desse modo, todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes, estão compelidos a respeitá-la e a ela se adequar³⁷.

33. Por um meio ou por outro, pela responsabilidade internacional assumida, pelo compromisso de respeito aos direitos humanos conjuminado com o princípio da maior proteção, mesmo que diante de conflito entre um controle de constitucionalidade realizado pela mais alta corte do país e um controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há outro caminho que não o de fazer com que esse último prevaleça.

34. É o que se espera do Brasil, que se propõe a respeitar os direitos humanos e a implementar as sentenças da Corte Interamericana, como o fez em outros casos nos quais foi demandado perante a Corte IDH.

35. Até o momento a Corte IDH não emitiu nenhuma resolução sobre a supervisão do cumprimento da sentença do Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e as considerações presentes não podem ser consideradas como apreciações prévias, haja vista que realizadas em caráter perfunctório sem o rigor de um julgamento. Entretanto, cabe destacar que o governo brasileiro vem, aparentemente, envidando devidos esforços para cumprir com o determinado na decisão. Nesse sentido, pode-se destacar a criação da Comissão Nacional da Verdade e o trabalho que ela vem desenvolvendo³⁸, a promulgação da Lei de Acesso à Informação³⁹ e as expedições que estão sendo realizadas pelo Grupo de Trabalho Araguaia para localizar os corpos dos desaparecidos políticos.

36. Por outro lado, no que se refere à responsabilização criminal dos torturadores da ditadura, parece ainda haver um longo caminho pela frente. Não obstante o oferecimento de denúncias contra Sebastião Rodrigues de Moura (conhecido como Sebastião Curió)⁴⁰

³⁷ Corte, IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas na Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 6.

³⁸ Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

³⁹ Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

⁴⁰ Processo nº 1162-79.2012 da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá. Há ainda o Processo nº 0011580-69.2012.403.6181 da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

e Lício Augusto Ribeiro Maciel (codinome Dr. Asdrúbal)⁴¹ — agentes da ditadura militar brasileira — pelo Ministério Público Federal e o seu recebimento pelo Poder Judiciário, caso mantida a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre a validade da Lei de Anistia permanece pouco provável a sua efetiva punição⁴².

37. Vale destacar que a regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante a lei, “*entendida como restabelecimento substancial do Estado de Direito, com a devida proteção judicial às vítimas e a consecução da obrigação do Estado em investigar e punir crimes, mais notadamente as violações graves aos Direitos Humanos*”⁴³, é uma das etapas fundamentais no processo de justiça de transição após experiências autoritárias. Ocorre que, no Brasil, esse processo vem sendo estruturado principalmente pelas medidas de reparação, ao passo que as medidas relativas à justiça não vêm sendo desenvolvidas no mesmo ritmo. Segundo Paulo Abrão, presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, a “*ausência de um processo de depuração do Poder Judiciário pós-ditadura permitiu que ali se mantivesse viva uma interpretação da lei compatível com o discurso de legitimação do regime autoritário. (...) Isso permitiu que, nas carreiras jurídicas brasileiras, sobrevivesse uma mentalidade conservadora que, parcialmente, se mantém transgeracionalmente*”.⁴⁴

38. Nesse sentido, em comparação à Argentina e ao Chile, (...)

“o Brasil foi o que, após a transição democrática, apresentou o menor grau de justiça transicional, em parte porque sua legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação de uma boa parcela dos sistemas estabelecidos, tanto Judiciários quanto militares, que continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia. O Brasil, portanto, não teve que passar pela reação reformista que ocorreu na Argentina e no Chile, onde coalizões com significativo apoio político

⁴¹ Processo nº 4334-29.2012 da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá, Estado do Pará.

⁴² Sobre o conflito de interesses entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário a respeito do cumprimento da sentença da Corte IDH no Caso Guerrilha do Araguaia, é pertinente ressaltar que, durante a audiência pública sobre o Caso Barrios Altos, realizada em 27 de agosto de 2012, o juiz Eduardo Vio Grossi se manifestou no sentido de que a posição internacional do Estado é una, ou seja, ele é visto como uma entidade única, não interessando as discrepâncias internas. Assim, por mais que o Governo Federal esteja desenvolvendo medidas no seu âmbito de competência para cumprir a sentença da Corte IDH, a manutenção da postura do STF em relação à Lei de Anistia poderia colocar o Brasil numa situação de descumprimento de obrigação internacional.

⁴³ Paulo Abrão: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 64.

⁴⁴ Paulo Abrão: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 70.

conseguiram derrubar aspectos importantes da legalidade autoritária e reformar as forças armadas ou o judiciário, ou ambos.”⁴⁵

39. A interpretação herdada do período autoritário estaria preponderando no Supremo Tribunal?

40. Ou a questão seria outra, de não aprofundamento naquele momento no Direito Internacional para debater o tema? Quero acreditar que, no presente caso, possa ter sido precisamente isto que prevaleceu e ocorreu naquele momento. Um aspecto importante a ser considerado é que o julgamento do Supremo se deu antes do julgamento da Corte IDH sobre a Lei de Anistia e de lá para cá o STF não voltou a se pronunciar a respeito. No referido julgamento do Supremo os debates em torno da Convenção Americana foram feitos de forma meramente incidentais por uma minoria de ministros. A maioria sequer levou em consideração a necessidade de aplicação do Direito Internacional à espécie, vale dizer: de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia, além do controle de constitucionalidade. Vale observar que foi a primeira vez após o julgamento do STF do caso apresentado no primeiro capítulo, sobre prisão civil de fiel depositário, que o Supremo se deparou com a necessidade de cotejar profundamente os dispositivos convencionais aplicáveis. Ao fazê-lo por escassa maioria, sem levar em consideração como tema principal a aplicação de tratado internacional sobre direitos humanos e a respectiva jurisprudência da Corte Interamericana (controle de convencionalidade, um tema realmente novo para o Judiciário brasileiro), o Supremo pode ter ido em direção a qual não iria se houvesse sopesado esses aspectos.

41. A verdade é que nunca houve qualquer manifestação do Supremo em sessão de julgamento desaprovedora da jurisprudência da Corte. Ao contrário: o diálogo entre os dois Tribunais tem ocorrido de maneira fluida e positiva, ao ponto de a Corte IDH haver sido convidada a realizar sessão extraordinária no Brasil pelo ministro Joaquim Barbosa, presidente do Supremo Tribunal Federal.

42. Igualmente, importante manifestação pública em entrevista concedida pelo presidente Barbosa a jornalistas correspondentes internacionais em fevereiro de 2013, muito assertiva neste sentido, também leva a crer em uma mudança de jurisprudência a respeito do tema em um próximo julgamento⁴⁶.

⁴⁵ Anthony W. Pereira: *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 290.

⁴⁶ MELITO, L. Barbosa afirma que a Lei de Anistia pode ser modificada. Portal EBC, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/02/barbosa-afirma-que-a-lei-de-anistia-pode-ser-modificada>>. Acesso em 7 de junho de 2013.

Brasília - A Lei de Anistia brasileira de 1979 pode sofrer modificações e até ser revogada se houver uma demanda, afirmou nesta quinta-feira (28) o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa.

Durante coletiva de imprensa com correspondentes estrangeiros na capital federal, Barbosa destacou que esteve ausente durante a ratificação da lei em 2010, mas garantiu que votaria contra. Ele ressaltou que os magistrados de agora não são os mesmos daquele período, assim como as condições

43. A resposta definitiva a tais questões será dada em futuro próximo pelo próprio Supremo Tribunal Federal, único competente para tanto.

44. O Brasil, portanto, tem um grande desafio por diante. O cumprimento pelo STF e pelos demais tribunais do país da decisão da Corte Interamericana é um ponto fundamental no processo nacional de justiça de transição. Assim, espera-se que o controle de convencionalidade realizado pela Corte IDH seja reconhecido e replicado internamente, de modo a dar total cumprimento a sua sentença. O deslinde desse conflito dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade fará transparecer o real comprometimento do Estado brasileiro com os Direitos Humanos e com os compromissos internacionais assumidos.

3. Conclusão

45. Como o controle de constitucionalidade trata da adequação da legislação nacional frente à Constituição de cada país, o controle de convencionalidade verifica a compatibilidade dos atos normativos e leis face ao tratado internacional pertinente. Se aos tribunais supremos ou aos constitucionais cabe a última palavra no âmbito interno quanto à constitucionalidade, à Corte Interamericana cabe a última palavra quanto ao controle de convencionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁷.

46. Vale lembrar, porém, que o controle de convencionalidade no âmbito internacional não prescinde do seu exercício em âmbito interno. Importante reafirmar que os direitos humanos nas Américas precisam de respeito e promoção para que aqui se tornem uma realidade. É um esforço conjunto a ser obtido pelo trabalho convergente das instâncias internacional e nacional, o que demanda a superação de todo e qualquer obstáculo que venha a impedir a implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

47. Diante desse quadro, o Brasil tem um grande desafio: adequar-se à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos via controle interno de convencionalidade, tanto no que se refere ao *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, quanto à interpretação da Lei de Anistia, de modo a caminhar rumo a uma justiça de transição real, efetiva e harmônica com a jurisprudência da Corte e dos principais Países da América Latina. Por alguns sinais externos do Supremo Tribunal Federal, a expectativa é de que essa harmonização ocorra em muito breve.

atuais são outras. "Se existisse um requerimento para mudar essa normativa, o STF o faria", afirmou Barbosa.

O máximo representante do Supremo estimou que uma variação ou anulação da lei poderia ocorrer nos próximos cinco anos. O pronunciamento de Barbosa ocorre um ano depois que o governo federal descartou qualquer tipo de discussão, nacional ou internacional sobre a Lei de Anistia que exonerou os responsáveis de abusos de direitos humanos cometidos durante a ditadura militar entre 1964 e 1985.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto Fundamentado do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas na Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 5.

Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Paulo: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- PEREIRA, Anthony W.: *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- MELITO, L.: Barbosa afirma que a Lei de Anistia pode ser modificada. Portal EBC, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/02/barbosa-afirma-que-a-lei-de-anistia-pode-ser-modificada>>. Acesso em 7 de junho de 2013.

Jurisprudência

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2030720>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- _____ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- _____ Habeas Corpus nº 87.585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2345410>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- _____ Habeas Corpus nº 92.566/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2560488>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- _____ Recurso Extraordinário nº 349.703. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- _____ Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219.
- _____ Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A, nº 4.