

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e, portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

POSITIVISMO JURÍDICO, FUNCIONALISMO SISTÊMICO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

LEGAL POSITIVISM, SYSTEMIC FUNCTIONALISM AND CONVENTIONALITY CONTROL IN BRAZIL

**Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho
Antonio Albuquerque Toscano Filho**

Resumo

O presente estudo, de natureza aplicada, método qualitativo e enfoque exploratório e descritivo, se vale de levantamento bibliográfico e documental e de análise de conteúdo a fim de discutir o positivismo jurídico e o funcionalismo sistêmico como base dos ordenamentos jurídicos modernos e a necessária compatibilização entre as normas de Direito interno e internacional. Trata-se de evitar conflitos aparentes de normas e de manter a lógica desses sistemas por meio do controle de convencionalidade, tomando-se por base a jurisprudência conflitiva entre a Suprema Corte de Justiça brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em respeito aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; funcionalismo sistêmico; controle de convencionalidade.

Abstract/Resumen/Résumé

This study of an applied nature, qualitative method, exploratory and descriptive approach, makes use of bibliographic and documentary survey and content analysis to discuss the legal positivism and systemic functionalism as basis of modern legal systems and the necessary compatibility between the rules of domestic and international Law. This is to avoid apparent conflicts of norms and to keep the logic of these systems through the conventionality control, taking as a basis the conflicting jurisprudence between the Brazilian Supreme Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights, in respect to the constitutional precepts of human dignity and the prevalence of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism; systemic functionalism; conventionality control.

1 Introdução

No mundo contemporâneo, a proteção aos direitos humanos se constitui em medida de fundamental importância para o progresso das nações, em que o Direito Público caminha rumo ao fortalecimento das relações entre os sistemas jurídico-constitucionais dos Estados e as normas emanadas da comunidade internacional. Mas se esses sistemas de proteção visam a promover avanços no plano interno dos Estados, resta esclarecer como é possível alcançar tal objetivo sem que estes tomem todas as medidas necessárias à efetivação dos direitos que reconhecem, deixando de ser responsabilizados por eventual desrespeito à sua concretização.

Como resultado do recorrente impasse entre as normas de Direito interno e internacional que constituem os sistemas jurídicos da atualidade, verifica-se, em países como o Brasil, a inexistência de um processo de compatibilização normativa que vincule a atuação dos membros dos Poderes instituídos ao comando das normas de conteúdo humanístico presentes no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 e nos diversos diplomas comuns ao Direito das Gentes de que participa o Estado brasileiro. Desafia-se, assim, o comando constitucional que lhes confere aplicabilidade imediata e a máxima internacionalista fundada na boa fé ou *pacta sunt servanda*.

Desta feita, o trabalho centra-se em uma abordagem preliminar acerca da herança proporcionada pelo positivismo jurídico e pelo funcionalismo sistêmico como conseqüências de sistemas de normas em que não se permitem conflitos aparentes de normas, em respeito à lógica dos próprios ordenamentos jurídicos. Também aborda-se o problema da justiça e, em especial, da justiça de transição que lhe é peculiar, que abrange o *leading case* Gomes Lund e Outros *versus* Brasil, o que resultou em uma condenação do país em virtude da incompatibilidade entre suas normas e aquelas comuns ao Sistema Interamericano.

Nesse sentido, o Brasil prescinde de mecanismos para além do controle de constitucionalidade, tal como o controle de convencionalidade, que garantam a harmonia entre aqueles sistemas de direito interno e internacional e permitam o alcance de uma maior efetividade das normas de direitos humanos que o obrigam na ordem interna e internacional. Conclui-se pela necessidade de superação do dogma da soberania estatal e de estabelecimento de um novo modelo de diálogo entre Cortes, devidamente fundamentado na compatibilização entre normas de direito interno e internacional, sob pena de todo o modelo juspositivista e sistêmico atualmente vigente vir a ruir em termos de operacionalidade e funcionalidade.

2 Desenvolvimento

2.1 Positivismo jurídico, funcionalismo sistêmico e o problema da justiça

Durante séculos, o Direito se distinguiu da moral por meio de seu: objeto, entendido sob os auspícios do debate entre ações externas e ações internas; fim, compreendendo a dualidade entre bem coletivo e bem individual; e tipo de sanção, alcançando aquelas externas e institucionalizadas em contraposição às internas e difusas. Com Kelsen, a distinção tomou por base a questão estrutural dos sistemas jurídicos, abarcando a discussão entre sistema estático e sistema dinâmico. Já quanto à sua função, o Direito passou a ser entendido como um subsistema do sistema social global de extrema relevância para o desenvolvimento da vida em sociedade¹.

Essa fragmentação do direito universal em direitos particulares interdependentes deu origem ao *ius positivum*, base do pensamento jurídico moderno. Com base nas proposições de Ernest Rudolf Bierling, Rudolph von Jhering, Philip Heck e Karl Bergbohm², Ferraz Jr. (2012, p. 33) comenta que:

De modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de um sistema fechado, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas (...). Nessa totalidade que tende a fechar-se em si mesma, as lacunas aparentes devem sofrer uma correção, no ato interpretativo, não pela 'criação' de nova lei especial, mas pela redução de determinado caso à lei superior na hierarquia lógica (...). O sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar (...). A ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, ganha com isso o caráter de ficção jurídica necessária, isto é, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas apenas *per definitionem* (...). Por esta razão, uma parte da doutrina do século XX recusará a concepção positivista de sistema, não só enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto instrumento metódico do pensamento jurídico. Em relação à primeira questão, o direito se revela, enquanto realidade complexa, numa pluralidade de dimensões, que apontam para uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. Em relação à segunda, observa-se que o simples transporte de esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução e a classificação, das ciências da natureza para o campo do direito, pode falsear as nuances do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para sua metodologia.

¹ Cautelosamente, Bobbio posiciona-se favoravelmente à noção de ordenamento jurídico enquanto sistema: “que o ordenamento jurídico, ou ao menos parte dele, constitua um sistema é, portanto, um pressuposto da atividade interpretativa, um dos ossos do ofício do jurista”. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 81.

² A esse respeito, consultar as seguintes obras: BIERLING, Ernest Rudolf. *Juristische prinzipienlehre*. Freiburg Leipzig, 1894; JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts*, 1864; HECK, Philip. *Das problem der Rechtsgewinnung, Bad Homburg vor der Höhe*. Berlin-Zurich, 1968; e BERGBOHM, Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.

Hart (2009) sustenta uma posição intermediária entre as teorias que, historicamente, se propuseram a explicar a ciência jurídica por meio da simples ideia de uma ordem sustentada por ameaças, de uma complexa noção de moral e, não raras vezes, de uma indispensável norma de reconhecimento. Trata-se da reunião de normas primárias e secundárias e de sua problemática no campo do direito nacional e internacional enquanto supostos sistemas.

Há que se compreender que tanto o enfoque estrutural quanto o funcionalista compreendem os ordenamentos jurídicos como parte integrante do sistema social. No primeiro caso se está a tratar de questões como interpretação do sentido das normas e integração de lacunas, enquanto que, no segundo, a problemática passa a envolver análise de cenários, confrontos de avaliações e de juízos de valor e formulação de regras. Assim, sob os auspícios de um “funcionalismo sistêmico”, seria possível compreender a ciência jurídica segundo uma nova identidade epistemológica. Se por um lado essa nova identidade viria a reduzir o Direito a uma mera técnica social, por outro viria a abrir espaço para a elucidação de indagações econômicas, sociológicas e políticas de grande relevância para a humanidade.

Para Bobbio (2014, p. 36), “(...) os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica considerada como um todo que basta a si mesma, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende”. Entende-se que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas fazem parte de um ambiente marcado por relações de dependência recíproca, compreendido como ordenamento jurídico.

Kelsen (2009) defendeu a necessidade de isolar os problemas comuns às normas jurídicas (nomostática) daqueles próprios do ordenamento jurídico (nomodinâmica), consubstanciando, assim, sua Teoria do Direito. Sua justificativa reside na necessidade de determinar a eficácia das normas jurídicas a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade responsável pelas sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução.

Tratando do problema entre validade e eficácia, do ponto de vista da norma jurídica isolada, esta pode ser considerada válida sem ser eficaz, pelo simples fato de ter sido legitimamente produzida, mas sem que tenha sido aplicada. Do ponto de vista da norma jurídica como parte de um sistema de normas, tais problemas são amenizados, uma vez que a eficácia é o fundamento mesmo da validade. E é a partir das noções de escalonamento normativo e de norma hipotética fundamental que as demais normas, esparsas e de variada proveniência, formam um todo unitário, um ordenamento jurídico³.

³ Antecipando-se a possíveis críticas ao modelo kelseniano, fundado na noção de norma hipotética fundamental destinada a garantir o *ubi consistam* dos ordenamentos jurídicos enquanto sistemas, Bobbio comenta que: “todo sistema tem um início. O perguntar-se sobre o que estaria por trás daquele início é um problema infecundo. A única

Ocorre que a noção kelseniana de ordenamento jurídico enquanto sistema implica não apenas em compreendê-lo como uma totalidade ordenada, em que seus componentes relacionam-se com o todo, mas também em verificar se e em que condições esses mesmos componentes encontram-se em relação de coerência. Como dito inicialmente, pode-se conceber sistemas estáticos ou dinâmicos, de maior ou menor complexidade, em que as normas jurídicas estão ligadas entre si devido à prevalência de um critério material ou formal, preservado o princípio que exclui a incompatibilidade entre normas.

A solução de antinomias por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade - ou mesmo no caso de conflito entre os critérios existentes, situação ensejadora de antinomias de segunda ordem - viria a garantir a coerência dos sistemas jurídicos. Como exposto por Bobbio (2014, p. 111), “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”. Ou seja, ainda que se entenda que duas normas incompatíveis, de mesmo nível hierárquico e contemporâneas, sejam válidas, apenas uma delas deve ser considerada eficaz, afastando-se a outra.

Já a completude dos ordenamentos jurídicos depende da existência de normas que regulem qualquer caso que se lhe apresentem, ou seja, da ausência de lacunas reais, de *iure conditio*. Trata-se de situação discutida por correntes que a compreendem como dogma, como espaço jurídico vazio ou como dualidade entre uma norma geral exclusiva e outra inclusiva. Há que se considerar, segundo a metodologia proposta por Carnelutti (2010), o uso da heterointegração ou da autointegração no caso de lacuna do direito positivo. Na primeira situação, seu preenchimento derivaria da busca de fontes que não as legislativas, como o direito natural, os usos e costumes e a atividade criativa do juiz. Na segunda situação, a solução residiria no uso de analogia *legis e iuris*.

Em qualquer caso, ainda que se entenda possível conferir às normas jurídicas resultantes da atividade legiferante a capacidade de dirimir qualquer situação no âmbito dos ordenamentos jurídicos, ou mesmo que tal incumbência seja confiada à livre criação dos juízes, restariam possíveis as lacunas ideológicas, *de iure condendo*, materializadas em soluções insatisfatórias ou em normas injustas aplicáveis a cada caso concreto⁴.

resposta que se pode dar a quem queira saber qual o fundamento do fundamento é que para sabe-lo é preciso sair do sistema. Assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se isso é um problema, não é mais um problema jurídico, isto é, trata-se de um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, quer dizer, fora daquele sistema que, para ser fundado, requer seja postulada a norma fundamental”. *Op. Cit.*, p. 69.

⁴ Bobbio conclui que “de fato, o que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa com a eliminação das contradições; a unidade positiva com o preenchimento das lacunas”. *Op. Cit.*, p. 114.

Trata-se de um antigo dilema comum ao Direito, seja este entendido como ciência ou mera técnica de pacificação social: conferir justiça às relações sociais. Nesse sentido, célebre é o posicionamento de Kelsen (2001), para quem “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade”, afirmação esta que permite, mais uma vez, entender o Direito como um subsistema do sistema social global que distingue-se em função da natureza da sociedade que lhe deu origem. Contudo, ainda que exista unanimidade quanto ao juízo de valor dominante como critério de justiça, não há como garantir que ele esteja correto⁵.

2.2 O Brasil frente aos Sistemas de Direito e à necessidade de compatibilização normativa

Até o presente momento tratou-se de evidenciar problemas que podem surgir no interior de um ordenamento jurídico, mas não em seu exterior, o que corresponde ao estudo das relações entre ordenamentos jurídicos distintos ou, em outros termos, entre direitos particulares e um dado direito universal cindido em monismo e pluralismo jurídicos.

Enquanto o monismo jurídico consiste na ideia universalista que admite a existência de apenas um ordenamento jurídico universal, do qual os direitos particulares não seriam mais do que especificações históricas, o historicismo corresponde à primeira forma de pluralismo jurídico, concepção essa estatista e voluntarista em que admite-se a existência de tantos ordenamentos jurídicos quantos sejam os poderes soberanos constituídos. O pluralismo jurídico também assume uma forma institucional, que permite não só a existência de um grande número de ordenamentos jurídicos, mas também sua variabilidade. Tal assertiva abre espaço para novas discussões e perspectivas no que tange ao relacionamento entre ordenamentos jurídicos estatais e entre ordenamentos jurídicos estatais e ordenamentos jurídicos não estatais, como é o caso dos supranacionais⁶.

⁵ Kelsen contrapõe-se às ideias platônica, aristotélica e kantiana de justiça devido à tautologia, aos sofismas e ao caráter metafísico-religioso e racionalista que lhes são comuns, além de realçar o grau de incerteza da teoria marxista e a impropriedade da doutrina do Direito natural, intitulando-as “fórmulas vazias”. Todavia, declara: “inicie este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância”. In: KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

⁶ A esse respeito, Bobbio (2014, p. 154) esclarece que “(...) o universalismo como tendência nunca morreu, e nesses últimos anos, sobretudo depois da Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas, está mais vivo do que nunca. O universalismo jurídico ressurgiu hoje não mais como crença num eterno direito natural, mas como vontade de construir um direito positivo único, que recolha em unidade todos os direitos positivos existentes e que seja produto não da natureza, mas da história, e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico (como o

Arroyo (2003) comenta que o monismo parte da premissa de que existe apenas uma ordem jurídica, que abarca tanto normas internas quanto internacionais, dispensando a edição de um novo expediente normativo com o fito de internalizar regras de Direito Internacional. Sua faceta nacionalista, fundamentada no valor da soberania estatal idealizada por Hegel, faz entender que o Direito interno de cada Estado detém maior hierarquia e prevalece sobre o Direito Internacional, quando os Estados se vinculariam apenas às normas com as quais consentissem e nos termos de seu ordenamento nacional. Sua faceta internacionalista radical, de influência kelseniana, apregoa que, no caso de conflito, os tratados internacionais formalmente reconhecidos pelos Estados teriam supremacia sobre seu ordenamento interno. Por sua vez, sua faceta internacionalista moderada, idealizada por Alfred Von Verdross, nega a invalidez da norma interna contrária à internacional, pelo que tanto o Direito Internacional quanto o interno poderiam ser aplicados pelo Estado, mas o eventual descumprimento da norma internacional ensejaria a responsabilidade do Estado violador.

No que tange ao dualismo, tal corrente contou com a influência de Heinrich Trieppl e Dionísio Anzilotti e compreende o Direito Internacional e o direito doméstico como ordenamentos jurídicos distintos e totalmente independentes entre si, cujas normas não poderiam sequer entrar em conflito umas com as outras. Colautti (2003) comenta que, dentro dessa perspectiva clássica, formulada por Paul Laband, o ente estatal nega aplicação automática dos tratados internacionais no âmbito nacional, permitindo que suas normas se tornem vinculantes nessa esfera tão somente a partir da edição de um diploma legal específico. Para fins de validação normativa, a concepção moderada do dualismo revela a desnecessidade de inserção do conteúdo das normas internacionais em um projeto de lei interna, bastando sua incorporação por meio de procedimento específico, distinto do processo legislativo comum, o que normalmente inclui a aprovação do parlamento e a posterior ratificação do Chefe de Estado ou a edição de um decreto de promulgação por parte do mesmo agente político.

Kelsen (2009, p. 364) é favorável ao reconhecimento da unidade entre o Direito Internacional e o direito interno estatal e entende ser possível, até mesmo, a formação de um Estado mundial:

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade

direito natural e o estado de natureza), mas no fim. A ideia do Estado mundial único é a ideia limite do universalismo jurídico contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à ideia de um direito natural revelado à razão, mas por meio do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um direito positivo universal". *Op. Cit.*, p. 154.

universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.

Compreende-se o Direito Internacional no mesmo sentido que o direito interno dos Estados e, conseqüentemente, como objeto da ciência jurídica. Todavia, deve-se considerá-lo uma espécie de ordem jurídica primitiva, ainda em um estágio de grande descentralização em função de fatores como: inexistência de órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, com vistas à criação e aplicação de suas normas e à conseqüente formação de uma jurisdição internacional; preponderância de princípios como autodefesa e *pacta sunt servanda* como mecanismos de solução de conflitos; além da imposição de obrigações e atribuição de direitos de forma mediata, ou seja, apenas por intermédio da ordem jurídica de cada Estado⁷.

Analisando o atual estágio do Direito Internacional e a possibilidade de que, desprendendo-se da ideia kelseniana de norma fundamental, este possa vir a ser reconhecido como um sistema jurídico tal qual os de direito interno, Hart (2009, p. 304) assevera que:

Uma vez que nos libertemos da suposição de que o direito internacional deve necessariamente conter uma norma fundamental, a questão a ser encarada é, mais uma vez, factual. Qual é a característica predominante das normas que regulam as relações entre os Estados? (...) Postulamos não haver nenhuma norma fundamental que ofereça critérios gerais de validade para as normas do direito internacional e que as normas de fato em operação não compõem um sistema, mas um simples conjunto de normas, entre as quais se encontram aquelas que estipulam a força vinculante dos tratados (...). Poder-se-ia formular então uma norma fundamental de reconhecimento que representasse uma característica real do sistema e fosse mais que a mera reiteração vazia do fato de que os Estados obedecem de fato a um conjunto de normas. Talvez o direito internacional esteja atualmente num estágio de transição rumo à aceitação desta e de outras formas que, em termos de estrutura, o aproximariam mais de um sistema de direito interno.

Assim, caso decida-se pela imprescindibilidade de sanções centralmente organizadas e baseadas em ameaças, bem como pelo caráter vinculante das normas emanadas de um órgão legislativo central, tal qual o direito interno de um Estado, seria possível questionar a juridicidade do Direito Internacional e aproximá-lo de uma espécie de ramo da moral. Ocorre que tais preceitos

⁷ Reconhecendo ser possível o primado da ordem jurídica estadual ou internacional, desde que na perspectiva de uma inevitável concepção monista, o autor chama a atenção para o fato de que “(...) ainda relativamente à esfera de validade material da ordem jurídica de cada Estado tem o Direito internacional incidência. Como as suas normas, especialmente, podem compreender todas as matérias possíveis e, portanto, também aquelas que até aqui foram reguladas pelas ordens jurídicas estaduais, ele limita o domínio de validade material destas. Os Estados singulares conservam, é verdade, mesmo sob o Direito internacional, a sua competência fundamental para normar tudo; no entanto, apenas mantém essa competência na medida em que o Direito internacional não se apossa de uma matéria e, assim, a subtraia a uma livre regulamentação por parte da ordem jurídica estadual”. In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 376.

decorrem de associações indevidas quanto ao conceito de soberania e da impropriedade das teorias voluntárias ou de autolimitação dos Estados no que tange às normas de caráter internacionalista, visto que, uma vez formalmente reconhecidas, o indivíduo ou Estado estará subordinado aos seus mandamentos⁸.

Para Häberle (2007, p. 11), “o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional”. Na esteira da constatação de Ramos (2012), a questão da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista, sob diversas denominações: “constitucionalismo multinível”, “interconstitucionalidade”, “transconstitucionalismo”, “*cross-constitucionalism*” e “constitucionalismo transnacional”.

Destaca-se, assim, o recrudescimento do “uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas ‘rupturas hermenêuticas’ promovidas pelos Tribunais nacionais”. Não obstante, em países como o Brasil observa-se recalcitrante incongruência entre as jurisdições internacional e doméstica, sobretudo em matéria de direitos humanos.

Tratando do tratamento dado às normas internacionais no contexto brasileiro, Mendes (2013) aduz que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) oscilou bastante, já que: até 1977 consagrava a primazia do Direito Internacional; por meio do julgamento do RE nº 80.004/SE, ainda em 1977, firmou o entendimento de que os tratados internacionais estariam em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta; com a edição da EC nº 45 de 2004, passou a equipar juridicamente tratado e lei federal; e com o julgamento em 2008 do RE nº 466.343/SP e do HC nº 87.585/TO, conferiu aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

⁸ Apesar de Hart e Kelsen divergirem no que tange à imprescindibilidade de uma norma fundamental comum ao Direito Internacional, bem como quanto à sua compreensão enquanto sistema jurídico, entende-se suas posições como convergentes no que diz respeito à inexata compreensão do conceito de soberania e o consequente desrespeito do Direito interno aos compromissos assumidos na esfera internacional. Nesse sentido, Hart explica que “(...) o uso acríptico da ideia de soberania disseminou uma confusão semelhante tanto na teoria do direito interno quanto na do direito internacional, exigindo em ambas um corretivo análogo. Sob a influência daquela ideia, somos levados a crer que necessariamente há, em todo sistema jurídico nacional, um legislador soberano, acima de quaisquer limitações jurídicas, da mesma forma que somos induzidos a acreditar que o direito internacional necessariamente tem uma certa natureza porque as nações são soberanas, não podendo ser submetidas a limitações jurídicas que não sejam impostas por elas mesmas. Em ambos os casos, a crença na existência necessária de um soberano juridicamente limitado prejudica uma questão que só pode ser respondida quando analisarmos as próprias normas. No caso do direito interno, a questão é: qual a abrangência da autoridade legislativa suprema reconhecida nesse sistema? Para o direito internacional, é: qual é o máximo de autonomia que as normas concedem aos Estados?”. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 288. Por sua vez, Kelsen defende que “(...) a questão de saber em que medida esta soberania do Estado é limitável pelo Direito internacional por ele reconhecido apenas pode ser respondida com base no conteúdo do Direito internacional. Tal resposta não pode ser deduzida do conceito de soberania. O Direito internacional positivo, porém, não põe quaisquer restrições à limitação da soberania do Estado como liberdade de ação do mesmo Estado (...)”. *Op. Cit.*, p. 383.

(TIDH) hierarquia privilegiada frente às demais espécies normativas, com realce às teses de infraconstitucionalidade/supralegalidade e de constitucionalidade que lhes confere “status de norma constitucional” ou “status de emenda constitucional, nessa ordem .

O art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)⁹ reconhece que, além dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais, dos direitos de nacionalidade, dos direitos políticos e partidos políticos e dos direitos e garantias implícitos, a Lei Maior brasileira confere aos TIDH que não tenham atendido ao rito de aprovação próprio das emendas constitucionais, “*status* de norma constitucional”, de hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Por sua vez, conforme seu art. 5º, § 3º¹⁰, os TIDH aprovados segundo o rito das emendas constitucionais teriam “*status* de emenda constitucional”, equiparando-se às normas resultantes do poder constituinte originário e derivado e gozando de hierarquia constitucional.

Como proclama Canotilho (2003, p. 74), “a legitimidade material da Constituição não se basta com um ‘dar forma’ ou ‘constituir’ de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos”. Ocorre que, no caso brasileiro, o rol de direitos e garantias explicitado acaba por não abarcar os TIDH que não cumprem os requisitos formais necessários ao reconhecimento de seu “*status* de emenda constitucional”. Logo, resta caracterizada sua natureza materialmente constitucional, mas formalmente infraconstitucional/supralegal, enquanto que apenas os TIDH que cumprem aqueles requisitos gozariam de hierarquia formal e materialmente constitucional.

Tem-se, ao menos, duas contradições: direitos e garantias previstos explícita e implicitamente, dentro e fora da Constituição, entendidos sob o prisma de sua materialidade e/ou formalidade; e direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais carecedores de um tratamento igualitário no âmbito da “pirâmide normativa do Brasil”, afora a situação dos demais tratados internacionais, que seriam equivalentes aos atos normativos primários em geral, situação acarretadora de uma insegurança jurídica ainda mais evidente.

Oportuno registrar que tal entendimento reforça a tese de que o controle de constitucionalidade vigente no Brasil não se presta a verificar a compatibilidade material das normas infraconstitucionais para com as normas de direitos humanos que não gozem de tal hierarquia, uma vez que somente os dispositivos constitucionais originários, os decorrentes de

⁹ 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”.

¹⁰ Art. 5º, § 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”.

reforma ou revisão constitucional e os TIDH aprovados com status de Emenda Constitucional, ainda que anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, gozam de tal privilégio, diminuindo-se a esfera de proteção e efetividade das normas fundamentais.

Acrescente-se o fato de que as demais diretivas emanadas dos órgãos componentes da estrutura do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos acabam não sendo consideradas paradigmas de controle normativo por parte do Estado brasileiro. Justifica-se, assim, a assunção de mecanismos de controle capazes de garantir a compatibilização entre normas de Direito Internacional e de Direito interno, especialmente quanto àquelas de conteúdo humanístico, bem como há que se verificar as possibilidades de operacionalização do controle de convencionalidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro por força de sua relação direta com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2.3 Controle de Convencionalidade e justiça de transição no Brasil

O “controle de convencionalidade” originou-se na França, na década de 70, em um caso em que o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis com os tratados ratificados pela França em especial com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ramos (2004) lembra que, de início, tratava-se de técnica legislativa ou hermenêutica, não de controle judicial. Tal mecanismo, complementar e coadjuvante ao consolidado controle de constitucionalidade, visa a adaptar ou conformar os atos e leis produzidos internamente aos compromissos de direitos humanos assumidos pelos Estados na esfera internacional¹¹.

¹¹ São representativos os casos decididos pelo Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha (*Bunderverfassungsgericht*) sobre o conflito entre o sistema jurídico daquele país e o Direito Comunitário europeu, quais sejam: Casos Solange I e II. Sobre Solange (“Enquanto”), julgado na década de 70, esclarecem Gilmar Mendes e George Galindo: “É importante notar que o caso Solange foi fruto direto da resistência da Corte Administrativa de Frankfurt, que não aceitou o julgado da Corte Européia de Justiça no citado caso *Internationale Handelsgesellschaft* e o submeteu ao Tribunal Constitucional Alemão. Este, ao perceber que a doutrina da supremacia insularia o direito comunitário da proteção dos direitos fundamentais no plano interno, estabeleceu a fórmula do ‘enquanto’. (...) Em 1986, foi proferida decisão que versava sobre uma alegada violação de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição alemã por atos comunitários. Na oportunidade, o Tribunal estabeleceu que o direito comunitário, por meio da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, já demonstrava um grau satisfatório de proteção aos direitos fundamentais. E, assim, afirmou que, enquanto esse grau satisfatório de proteção fosse assegurado, o Tribunal Constitucional não analisaria a compatibilidade dos atos comunitários em face dos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental. Em virtude de a fórmula ‘enquanto’ ter sido mantida na decisão, a doutrina passou a chamá-la de Solange II. O mais importante a notar é que, embora o Tribunal Constitucional tenha adotado uma postura de maior deferência ao direito comunitário, fez questão de manter um conflito em potencial com a Corte Européia de Justiça, o que ficava claro a partir do uso da fórmula ‘enquanto’, que implicava uma possível ruptura caso determinadas condições ocorressem. Em outros termos, o Tribunal Constitucional foi coerente com a conclusão tomada no caso Solange I”. No âmbito nacional, conferir os votos do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC nº 79.785-RJ, e do Min. Gilmar Mendes, no RE 4663431-SP. *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direitos

Em diversas oportunidades, a Corte IDH proclamou que o Poder Judiciário dos Estados-Parte componentes do respectivo Sistema deveriam exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Percebe-se, em um primeiro momento, a exigência do exercício obrigatório por parte do Poder Judiciário estatal de um mecanismo de controle da conformidade dos atos resultantes da atividade legiferante nacional para com o teor das normas que os obrigam na esfera internacional¹².

Parte-se do entendimento de que a conformidade das normas infraconstitucionais em relação ao texto constitucional - determinada por meio de controle de constitucionalidade - constitui-se em mecanismo insuficiente à consolidação do primado da proteção dos direitos humanos no âmbito nacional. Nesse sentido, presta-se o controle de convencionalidade a compatibilizar as normas infraconstitucionais domésticas em relação às normas internacionais de direitos humanos, ampliando o diálogo entre as fontes do Direito Internacional e do Direito interno dos Estados relativas à proteção e a à defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido, Contesse (2014, p. 1) defende que:

This conversation has two objectives: on one hand, it accepts the Court's power to guide interpretations concerning the fundamental rights of the countries comprising the regional system while giving a special place to interpretations regarding rights that the States themselves make which urge the Court to follow specified guidelines. On the other hand, it emphasizes the domestication of international standards and obligations through processes of national deliberation continued by organs of the regional protection of rights and local institutions. For these reasons I sustain that democratic deference is given more respect when the States are given regional rights within the bounds established by international human rights laws¹³.

Exemplo contrário é a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa ao caso Gomes Lund e Outros *versus* Brasil, de 2010, também conhecido como caso “Guerrilha do Araguaia”. Suas conclusões operam no sentido de censurar o Brasil por sua leitura equivocada quanto ao alcance da Lei nº 6.683/79, ou “Lei de Anistia brasileira”, que vem impedindo a

humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais. *VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul*. Brasília, 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/encontro6/. Acesso em: 21/08/14.

¹² Como precedentes relativos à obrigatoriedade do exercício do controle de convencionalidade por parte dos Estados que participam do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, são emblemáticos os casos: “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, de 25/11/03; “Tibi vs. Equador”, de 07/09/04; “Almonacid Arellano e Outros vs. Chile”, de 26/09/06; “Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru”, de 24/11/06; “Boyce e Outros vs. Barbados”, de 20/11/07; “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, de 12/08/08; “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos do México”, de 23/11/09; “Gomes Lund e Outros vs. Brasil”, de 26/09/10; e “Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México”, de 26/11/10.

¹³ CONTESSE, Jorge. *The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights*. Disponível em http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf. Acesso em 23/05/14, p. 1.

investigação e sanção de graves violações de direitos humanos supostamente cometidos no recente período ditatorial militar instaurado no país, contrariando, assim, os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos com a qual se comprometeu.

O processo nasceu do ativismo de três ONGs brasileiras: o Centro Pela Justiça e o Direito Internacional, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e, ainda, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo. Ocorre que, antes da decisão da Corte IDH, o Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2012, havia julgado improcedente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para declarar inconstitucional a Lei de Anistia, um dos últimos óbices do resgate da verdade e da memória, na tardia “transição” democrática brasileira¹⁴.

Essa mesma OAB, ao ajuizar a ação constitucional, fixou os pontos da controvérsia: interpretação conforme à constituição, de modo a declarar, à luz de preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar instaurado entre os anos de 1964 a 1985. Os fundamentos da ADPF 153 identificam o descumprimento dos seguintes preceitos fundamentais constantes da CRFB/1988: isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput*), tendo a lei estendido a anistia a classes indefinidas de crimes; dever do Poder Público de não ocultar a verdade (art. 5º, inciso XXXIII); violação aos princípios democrático e republicano (art. 1º, *caput*); e desrespeito ao valor supremo da dignidade humana (art. 1º, inciso III).

A OAB insistiu no argumento capital de que a Lei de Anistia viola o princípio fundamental do direito internacional e da proteção dos direitos humanos que considera imprescritíveis e indignos de anistia os crimes contra a humanidade, tais como assassinio, extermínio, sequestro, desaparecimento forçado e todo ato desumano cometido contra a população civil por autoridades estatais. Em face de sua natureza permanente, tais crimes só admitem a contagem de prescrição a partir de sua consumação, de modo que, inexistindo data do óbito, não incidiria o fenômeno prescritivo.

No âmbito do STF, a discussão gravitou em torno do sentido normativo atribuído ao art. 5º, *caput* e incisos III e XXXIII da CRFB/1988, pugnando o STF (2013) pela não violação aos princípios democrático e republicano. Na visão estreita dos Ministros, a Lei nº 6.683, de 1979,

¹⁴ No julgamento da ADPF 153, os juízes do STF reconheceram ter se operado, à época da promulgação da lei em xeque, um acordo amplo e irrestrito de toda sociedade, com validade política e social à vista do momento histórico em que foi realizado. O então Presidente da Corte, Min. Cezar Peluso, afirmou não conseguir entender o porquê de a OAB questionar esse acordo mais de 30 anos depois, tendo dele participado, destacando o mérito conservador do voto do Relator, Min. Eros Roberto Grau, que praticamente identificou a ocorrência do perdão e da anistia de atos grotescos da recente história.

porquanto “veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979” é uma *lei-medida*, não se tratando de regra dirigida para o futuro, dotada, como as normas regulares, de abstração e generalidade; “há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada”¹⁵.

Tal fato ensejou duras críticas por parte da comunidade internacional e resultou na instauração de procedimento junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e posterior julgamento perante a Corte IDH¹⁶. Entre outras questões, foi constatada a inconveniência da Lei de Anistia para com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com base no direito internacional e em sua jurisprudência dominante, a Corte IDH concluiu que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e carecem de efeitos jurídicos, razão pela qual não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos do caso, nem para a identificação e a punição dos responsáveis¹⁷.

¹⁵ É o que extrai da própria ementa do julgamento da ADPF 153: “a interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas *leis-medida* (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei n. 6.683”. In: STF – Supremo Tribunal Federal. *Lei da Anistia é mantida com o voto do presidente da Corte*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=125503>. Acesso em: 12/11/13.

¹⁶ Após o julgamento pelo STF de 29 de abril de 2010, em que se julgou improcedente a ADPF 153 por 7 votos contra 2, a Corte IDH notificou o governo do Brasil em 14 de dezembro de 2010, os representantes das vítimas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da Sentença. O Tribunal concluiu que o Brasil é responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrido entre 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia.

¹⁷ A decisão foi específica quanto à inconveniência da manutenção da Lei de Anistia, em dois pontos-chaves: “172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (supra pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana (...); 174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil”. In: CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. San José, Serie C n. 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 21/11/13.

Segundo Carnota (2013, p. 2), “*decentralized ‘conventionality control’ invites all judges to engage in transnational judicial discourse and action. There is an expanding research agenda in judicial politics that explores interaction between judges (...) and an increasingly complex political and legal environment*”, o que leva à conclusão de que o Poder Judiciário dos Estados componentes da estrutura do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos deve, em qualquer de suas instâncias, não só controlar a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os TIDH, mas também o fundamento de suas decisões ao teor da jurisprudência dominante no seio da Corte IDH, dada a força vinculante de suas decisões¹⁸.

Percebe-se que, até os dias atuais, subsiste o problema da coerência do ordenamento jurídico pátrio quanto ao julgamento da constitucionalidade de sua Lei de Anistia que prevaleceu frente à Convenção Americana de Direitos Humanos, em detrimento dos critérios hierárquico e cronológico e do procedimento formal de recepção da norma internacional que lhe garantiu o *status* de supralegalidade frente às demais espécies normativas.

Em termos estritamente jurídicos, entende-se que o STF criou um hiato entre cumprir as determinações da Corte IDH – até porque o Brasil é um Estado-Parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) e se submeteu à jurisdição obrigatória da Corte IDH – e dar nova repercussão à relação entre os sistemas de direito interno e internacional de que participa o Estado brasileiro, em uma clara demonstração invulgar de que, no Brasil, já houve a transição sem a justiça¹⁹.

Sendo a relação de coordenação ínsita ao Sistema IDH, o Brasil encontra-se vinculado às decisões da Corte IDH, por força da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória ao qual o país aderira em 1998. Contrariamente, insiste-se na manutenção da Lei de Anistia em virtude da posição adotada pelo STF. Ainda que, até meados de agosto de 2014, o processo não tenha chegado ao fim por se encontrar pendente de julgamento o recurso de Embargos de Declaração interpostos na ADPF 153 em 16/03/2011, nega-se o integral cumprimento do que preconiza a sentença Gomes Lund e Outros *versus* Brasil, em desrespeito à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos demais expedientes normativos componentes do Sistema IDH.

¹⁸ CARNOTA, Walter. *The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2116599>. Acesso em 01/06/13, p. 12.

¹⁹ Quanto à noção de “justiça de transição”, a ONU entende que esta “(...) compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos”. In: NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, pp. 320-351, jan.-jun. 2009, p. 325.

3 Conclusões

Sobretudo em casos que conduzem à interpretação constitucional e ao entrelaçamento de normas internas (constitucionais, supralegais e infraconstitucionais) e de potencial repercussão internacional, parece razoável estabelecer um novo modelo de diálogo entre Cortes, devidamente fundamentado na superação do dogma da soberania estatal e na compatibilização entre normas de direito interno e internacional, sob pena de todo o modelo juspositivista e sistêmico atualmente vigente vir a ruir em termos de operacionalidade e funcionalidade.

A suplantação dos pontos omissos anteriormente analisados poderia ser substituída pela questão: que se pode aprender com o dilema ínsito ao Caso Gomes Lund e Outros *versus* Brasil na esfera do ordenamento jurídico pátrio? Em verdade, para estabelecer premissas possíveis e o real aprendizado que se espera da experiência da atividade do STF, o debate sobre a validade ou não da Lei de Anistia passa por outros temas conexos, como o papel do controle de convencionalidade de uma lei de “auto anistia”.

Se o Brasil cumprirá a decisão da Corte IDH em todos os seus termos, só o tempo consagrará. Até mesmo porque as consequências complexas da sentença acima abordada prenunciam um modelo adaptativo para a convivência de visões de mundo diferenciadas, que oscilam entre a soberania judicial (que integra a própria concepção de soberania estatal) e o horizonte de defesa dos direitos humanos que orienta o Sistema da OEA.

Faz-se necessário enfrentar essas e outras questões em respeito aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, buscando-se a plena realização de suas normas definidoras e garantidoras no âmbito da jurisdição nacional, internacional e, quiçá, supranacional. Trata-se do respeito ao comando constitucional que lhes confere aplicabilidade imediata e ao preceito de que nenhum Estado pode invocar disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, o que se traduz no necessário controle de convencionalidade quanto ao Estado brasileiro.

Em suma, entende-se possível aprimorar a discussão teórico-prática a respeito do tema proposto a partir da assunção de uma tese ou posição inovadora capaz de, em conformidade com a sistemática constitucional e internacionalista de cunho inclusivo e garantidor dos direitos humanos, viabilizar a operacionalização de um verdadeiro sistema de controle de convencionalidade quanto ao Estado brasileiro, contribuindo, assim, para o alcance da máxima efetividade das normas de direitos humanos.

Referências

- ARROYO, Diego P. Fernández (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008.
- _____. La funzione promozionale del diritto rivisitata. *Sociologia del Diritto*, Milão, v. 11, p. 9, set./dez. 1984.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Ed. revisada e atualizada até a Emenda Constitucional nº 82, de 16/07/14. Brasília: Senado Federal, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. São Paulo: Servanda, 2010.
- CARNOTA, Walter. *The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2116599>. Acesso em 01/06/13
- COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado: problemas constitucionales*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2003.
- CORTE IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. San José, Serie C n. 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 21/11/13.
- CONTESSÉ, Jorge. *The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights*. Disponível em http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf. Acesso em 23/05/14, p. 1.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais. *VI Encontro de*

Cortes Supremas do Mercosul. Brasília, 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/encontro6/. Acesso em: 21/08/14.

NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, pp. 320-351, jan.-jun. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte, v. 1, n. 12, p. 67-94, 2012.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STF – Supremo Tribunal Federal. *Lei da Anistia é mantida com o voto do presidente da Corte*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=125503>. Acesso em: 12/11/13.