XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

ANA MARIA D´ÁVILA LOPES

KARYNA BATISTA SPOSATO

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – 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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Ana Maria D´Ávila Lopes, Karyna Batista Sposato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-043-5
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. Direito internacional. 3. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI em Aracajú, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos foram divididos em eixos temáticos:

O primeiro trabalha o Direito Internacional do Meio Ambiente, compreendendo os seguintes artigos: Liziane Paixao Silva Oliveira e Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior tratam dos aspectos da proteção ambiental no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já Alexsandra Gato Rodrigues analisa o Caso Belo Monte e mundialização da justiça e suas práticas para a consolidação de um sistema de justiça em âmbito doméstico e internacional dos direitos humanos.

O segundo eixo trabalha da Universalidade dos Direitos Humanos no qual Gilmar Antonio Bedin e Juliana Bedin Grando com prioridade investigam a universalidade dos direitos humanos e o seu percurso no século XX. Monique Fernandes Santos Matos trabalha a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais buscando verificar se tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando ainda os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação. Por sua vez Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso e Bruno Marques Teixeira respondem se os direitos humanos seriam valores mínimos a serem trabalhados por toda a sociedade internacional ou se eles permitem as peculiaridades de uma cultura.

A terceira linha apresenta o controle de Convencionalidade e a Jurisdição Internacional iniciando-se com os artigos de Alexsandro Rahbani Aragão Feijó que analisa a relação entre o Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, e a influência recíproca entre a hierarquia desses tratados, o modo de operacionalização desse controle e os efeitos produzidos por ele. O artigo de Eliana Maria De Souza Franco Teixeira e Luna Maria Araujo Freitas apresenta uma proposta analítica do instituto internacional de

controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional.

O quarto grande eixo traz para debate os Direitos Humanos e identidade. Kátia Ribeiro de Oliveira e Juventino de Castro Aguado procuraram a fluidez moderna da cultura, da economia no sentido da interdependência dos povos. Flademir Jeronimo Belinati Martins investiga os reflexos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos na Reaquisição da Nacionalidade pelo Brasileiro Nato que a perdeu. Guilherme Vinseiro Martins e Joao Lucas Cavalcanti Lembi sistematizam as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente. Ainda nessa temática Patricia Fernandes Bega e Yasa Rochelle Santos de Araujo fazem um reflexão e demonstram os desafios das políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil. Mercia Cardoso de Souza e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima demonstram o flagelo humano, que é o tráfico de pessoas para exploração sexual por meio do caso Rantsev Versus Chipre e Rússia. Ynes da Silva Félix e Karine Luize Loro refletem acerca dos Tratados Internacionais e de Direitos Humanos no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira por fim respondem como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional.

No quinto ponto tratou-se do novo constitucionalismo colonial. Juliane dos Santos Ramos Souza tece uma crítica quanto ao modelo liberal tradicional de direitos humanos sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano. Flávia de Ávila apresenta breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização Europeia em territórios Latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento e pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Já Bianka Adamatti investiga em que medida o direito internacional dos direitos humanos se constitui como resposta às causas e às consequências destes fenômenos, na medida em que consagra, como princípios centrais, a igual dignidade dos seres humanos e a não-discriminação.

Para o sexto eixo sobre Direitos Humanos e Justiça de Transição foram reservados os seguintes artigos: Alexandre Bucci e Queila Rocha Carmona dos Santos analisam o direito à memória e o direito à verdade, ambos, considerados expressões de direitos humanos. Emerson Francisco de Assis discute a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979).

No sétimo eixo tratou-se da liberdade de expressão no âmbito internacional. José Vagner de Farias e Jorge Bheron Rocha abordam os aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Liberdade de Imprensa. Gabriela Soldano Garcez apresenta o interculturalismo pela mídia na atual realidade da globalização, abordando seu conceito e diferenças com o multiculturalismo e a informação como instrumento de Educação Intercultural.

O oitavo Eixo abordou Direitos Humanos e democracia. Nele Elenise Felzke Schonardie e Renata Maciel trataram do fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa, destacando a democracia como forma fundamental de concretização dos direitos humanos. Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Bruna Dias Coimbra questionaram se a caracterização jurídica do estupro como arma de guerra é suficiente para abarcar toda a complexidade do conflito ou se termina por obscurecer a situação de profunda desigualdade de gêneros e violência generalizada. Marcos Paulo Andrade Bianchini analisou o Programa Mais Médicos e os médicos cubanos sobre o prisma dos Tratados de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. Amanda Querino dos Santos Barbosa e Mercia Miranda Vasconcellos Cunha refletiram sob a ótica da Filosofia da Libertação, acerca do consenso que paira sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que entendem que o problema de efetivação não decorre de fundamentação, mas sim de proteção e de efetividade dos direitos consagrados e protegidos. Roberta Amanajas monteiro e Heloisa Marques Gimenez fizeram uma crítica sobre o modelo de democracia fundada na racionalidade européia, na qual a concepção de sujeito, fundamenta-se a no particularismo de homem europeu, em que o Outro, o índio está excluído da concepção de sujeito de direitos e da participação política.

Por fim o nono eixo tratou das Comunidades Tradicionais. Rodrigo Portela Gomes trabalha os impactos do Ahe estreito sob a comunidade quilombola Periperi a partir da Convenção 169 da OIT. Marilene Gomes Durães e Henrique Flausino Siqueira avaliaram um caso emblemático de expropriação do conhecimento tradicional que ocorreu nas comunidades remanescentes de quilombos do Sapê do Norte, no Estado do Espírito Santo. E Rui Decio Martins versou sobre atualidade da preocupação sobre a relação entre os direitos humanos e o uso da energia nuclear na obra de Jacques Ellul.

Boa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Maria DÁvila Lopes - Unifor

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato UFS

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - Uninove

TRANSCONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: UMA ANÁLISE DA CONVERSAÇÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

TRANSCONSTITUTIONALISM AND TRANSITIONAL JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE CONVERSATION BETWEEN THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE BRAZILIAN AMNESTY LAW

Emerson Francisco De Assis

Resumo

O objetivo geral deste trabalho é discutir a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979). Partindo da teoria do transconstitucionalismo do Prof. Marcelo Neves, o presente artigo pretende analisar como diálogo transconstitucional ocorrido durante o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 153) no Supremo Tribunal Federal e do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos acontecidos em 2010, tem contribuído para o processo de justiça de transição brasileiro. Metodologicamente, a pesquisa em questão trabalha no âmbito teórico com a teoria transconstitucional conforme já mencionado e também com os marcos teóricos inerentes a justiça de transição, ou seja, o conjunto de procedimentos judiciários e administrativos estabelecidos para consolidação da democracia após um regime autocrático. O trabalho também realiza uma análise da jurisprudência e do direito comparado principalmente entre os países do Cone Sul, notadamente Brasil, Uruguai, Argentina e Chile.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo, Justiça de transição, Análise de jurisprudência, Direitos humanos.

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is to discuss the transconstitutional conversation established between the Brazilian Federal Supreme Court ("Supremo Tribunal Federal" - STF) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) on the legal validity of the Brazilian Amnesty Law (Federal Law No. 6.683/1979). Based on the Prof. Marcelo Neves' transconstitutionalism theory, this article aims to analyze how the transconstitucional dialogue occurred during the trials of the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" (ADPF No 153) [a brazilian constitutional lawsuit] in the Brazilian Supreme Court and the Case of Gomes Lund et al (Araguaia Guerrilla) in the Inter-American Court of Human Rights, both happened in 2010, has contributed to the transitional justice process in Brazil. This research works on the theoretical approach with transconstitutional theory and

also with the transitional justice literature. The paper also makes an analysis of cases law and comparative law especially among the South American countries, notably Brazil, Uruguay, Argentina and Chile.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transconstitutionalism, Transitional justice, Case law analysis, Human rights.

Introdução

Este artigo tem como principal objetivo analisar a conversação transconstitucional que foi entabulada entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ocorrido em 2010, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 e do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), nestes tribunais, na respectiva ordem.

Do ponto de vista teórico, o trabalho tem como pano de fundo a teoria transconstitucional do Prof. Marcelo Neves. Consoante será visto em tópicos seguintes, o transconstitucionalismo oferece soluções para problemas que envolvam ordens jurídicas diversas, neste sentido, sem estabelecer subsunção entre ordenamentos jurídicos, mas através do diálogo e da construção de pontes de transição entre tais instâncias.

Ainda no âmbito da literatura, o artigo também aborda os conceitos básicos sobre justiça de transição, conjuntos de procedimentos jurídicos e institucionais realizados durante um processo de redemocratização, tendo como foco a transição para democracia de Brasil, Argentina, Chile e Uruguai.

Utilizando o referencial teórico sobre transconstitucionalismo e justiça de transição este trabalho irá analisar detalhadamente o debate estabelecido entre o STF e a CIDH nos julgamentos mencionados, em torno da Lei de Anistia (Lei Federal n.º 6.683/1979).

Assim, o artigo, metodologicamente trabalha com revisão de literatura e análise de jurisprudência, conforme indicado.

Considerando a apresentação do relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) em fins de 2014, é bastante oportuno destacar a discussão em torno da validade ou da possibilidade de revisão da Lei de Anistia brasileira, em vista da necessidade de conclusão do processo de justiça de transição no Brasil, que, infelizmente, vem se arrastando há quase três décadas.

1. Transconstitucionalismo: uma breve discussão

Para o Prof. Marcelo Neves (2009) o transconstitucionalismo é caracterizado por ser um constitucionalismo dirigido a solução de questões jurídico-constitucionais que envolvam

diversas ordens jurídicas. Neste sentido, para o seu desenvolvimento, o transconstitucionalismo necessita que as ordens ou ordenamentos envolvidos possuam princípios e regras básicas que levem a sério os problemas do constitucionalismo.

De acordo com autor, as práticas transconstitucionais oferecem inúmeras vantagens, pois as ordens jurídicas estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais quando consideradas de forma isolada, são incapazes de possibilitar respostas adequadas para as questões complexas da sociedade mundial hodierna (NEVES, 2009).

Neste sentido, o transconstitucionalismo adota um modelo de entrelaçamento construído a partir destas diversas ordens jurídicas que permite o estabelecimento de uma racionalidade transversal entre elas, abrindo, desta maneira, uma visão pluralista para a solução dos problemas constitucionais, ao invés de defender uma simplista solução hierárquica entre os ordenamentos jurídicos questionados (NEVES, 2009). Nas palavras do Prof. Neves:

> O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. (NEVES, 2009, p. XXV)

Ao rejeitar a solução hierárquica para problemas que envolvam diversas ordens jurídicas, o transconstitucionalismo traz à tona a possibilidade de que se estabeleçam aquilo que o autor denomina de "pontes de transição" que por sua vez, servirão para a consolidação de "conversações constitucionais", também na expressão do Prof. Neves (2009), assim, as pontes de transição constitucionais são o instrumento básico para o estabelecimento da racionalidade transversal que permite as conversações constitucionais que caracterizam a proposta transconstitucional de solução de problemas.

Entretanto, é forçoso advertir que as conversações transconstitucionais não implicam em cooperação permanente e contínua entre as ordens jurídicas, pois como salienta o autor, "[...] são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas." (NEVES, 2009, p. 117).

Como não adota uma solução hierárquica para os problemas analisados, o transconstituiconalismo demanda que as diversas jurídicas façam uma incorporação recíproca de conteúdo, implicada numa espécie de releitura do sentido conforme a ordem que vai recepcionar o assunto em questão (NEVES, 2009). Desta forma, por exemplo, as decisões de tribunais constitucionais de Estados diferentes podem ser invocadas e contribuir para a construção de novas decisões, sem caráter hierárquico entre as diversas instâncias e ordens

jurídicas e, como salienta Marcelo Neves (2009, p. 167) "[...] não só como *obter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi.*"

Assim, para o autor, o ponto de partida do transconstitucionalismo é a abertura entre as diversas ordens jurídicas, sejam do mesmo nível, como as estatais, ou entre tipos distintos, como por exemplo, entre uma ordem estatal e uma internacional (NEVES, 2009). Este também ressalta que para o bom desenvolvimento do diálogo no transconstitucionalismo é necessária a "[...] capacidade de pôr-se na posição do outro." (NEVES, 2009, p. 166).

Esta capacidade de se colocar na posição do outro é vital para a construção das pontes de transição necessárias à conversação transconstitucional. Sem isto, seria impossível, por exemplo, que juízes de um tribunal de um Estado específico fossem procurar em outras cortes, sejam de outros Estados ou de organismos internacionais, referências que lhes sirvam de suporte para construção de suas decisões. Portanto, é preciso reconhecer, primeiramente, que o outro passa por dilemas parecidos, e, em segundo plano, que as soluções constituídas por este outro possuem qualidade argumentativa bastante para auxiliar a construção de novas decisões.

A questão da validade e da força hierárquica não importam no contexto transconstitucional. Como dito, para o autor, a abordagem transconstitucionalista pode "[...] partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia" (NEVES, 2009, p. 117). Nestes termos, por exemplo, instituições internacionais e supranacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça Europeu, respectivamente, poderiam e assim o fazem, conforme o Prof. Marcelo Neves (2009), construir decisões levando em consideração a jurisprudência dos tribunais de seus Estados-membros, tidos como hierarquicamente inferiores.

Porém, também se faz imperioso considerar que como afirma o autor "[...] toda 'conversação' entre cortes carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens." (NEVES, 2009, pp. 117-118). Isto significa que a conversação transconstitucional não implica em concordância ou mera transposição de conteúdo entre as diversas ordens jurídicas. Neste diálogo entre distintas instâncias não existe uma vinculação necessária entre o conteúdo importado, ou seja, a referência mútua no âmbito transconstitucional pode ser tanto em sentido de concordância, quanto de discordância, afinal, o transconstitucionalismo traz uma releitura da decisão e não sua simples reprodução, ou seja, estas cortes se citam não como precedente necessário e vinculante, mas de modo persuasivo (NEVES, 2009).

Outra coisa importante a ser destacada é que o transconstitucionalismo não se dá somente através dos tribunais, podendo existir a incorporação de normas ou decisões sem

participação de cortes ou outras instâncias jurídicas, (NEVES, 2009). Nas palavras do autor: "[...] em outros níveis do sistema jurídico, há aprendizados e intercâmbios permanentes, como ocorre na relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países." (NEVES, 2009, p. 118).

Sem dúvida, o diálogo transconstitucional permite enriquecer a construção das decisões jurídicas, porém, ele não pode ser visto como paneceia, conforme o Prof. Marcelo Neves:

> Pode-se também afirmar que o transconstitucionalismo carrega em si uma dimensão positiva, o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. (NEVES, 2009, p. 279)

Na visão do autor, as assimetrias entre as diversas ordens jurídicas integrantes do diálogo transconstitucional são um obstáculo ou prejudicam o transconstitucionalismo na medida em que em determinados contexto uma ordem tende a predominar sobre a outra, ou se considerar hierarquicamente superior a outras instâncias. Desta forma, Neves (2009) menciona que um juiz norte-americano não hesitaria em acolher argumentos de tribunais europeus ou israelenses, mas ao mesmo tempo teria muitas restrições em relação às cortes de países em desenvolvimento.

Todavia, se percebe, neste caso, que as assimetrias indicadas são mais propriamente limitações fáticas do transconstitucionalismo do que verdadeiras dimensões negativas. Além disto, este trabalho procura se concentrar nas contribuições positivas de tais teoria. Assim, se deve levar em conta que o transconstitucionalismo traz uma grande contribuição conforme o Prof. Marcelo Neves, pois serve como um modelo de conexão funcional entre os diversos ordenamentos que compõe a sociedade mundial, fragmentados isoladamente.

Desta maneira, a teoria transconstitucional pode ser de grande valia, e este trabalho segue esta perspectiva, de que ao reconhecer as limitações de uma determinada ordem jurídica para resolver determinados problemas se abrindo para alternativa de buscar no diálogo com outras instâncias a solução, implica na ideia de que no "*[...] ponto cego, o outro pode ver.",* conforme bem salienta o autor (NEVES, 2009, p. 298, grifo original).

2. Justiça de Transição: conceito, requisitos básicos e uma rápida comparação entre o processo de justiça transicional entre Brasil, Argentina e Chile

Em linhas gerais, a ideia de justiça de transição está ligada a forma como as sociedades enfrentam o legado de violações aos direitos humanos, atrocidades ou qualquer outro tipo de sério trauma social, como o genocídio, ditaduras ou guerras civis, durante o processo de construção de um futuro mais democrático e pacífico (MEZAROBBA, 2009).

Embora exista registro desde a Antiguidade, Glenda Mezarobba (2009) defende que a história moderna da justiça de transição começou a partir da Primeira Guerra Mundial, mas esta só desenvolveu plenamente com a derrota dos países do Eixo na Segunda Guerra Mundial. Desta maneira, seriam exemplos de mecanismos de justiça transicional os programas de desnazificação da Alemanha, compensação às vítimas do regime em questão, bem como o julgamento dos líderes nazistas em Nuremberg. Todavia, somente nos últimos 25 anos do século XX é que a ideia de justiça de transição ganhou mais consistência, principalmente após a queda de regime militares e a restauração da democracia em países distintos como a Argentina e Grécia, por exemplo.

Assinala ainda a autora, que a justiça de transição envolve não somente procedimentos judiciais, mas extrajudiciais em complexa combinação num sentido geral de complementariedade envolvendo ações como processar criminosos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, estabelecer comissões da verdade e outras formas de investigar o regime autocrático, tentativas de reconciliar os grupos em conflito na sociedade, programas de reparação às vítimas, reforma das instituições públicas que realizaram os abusos contra os direitos humanos e principalmente, criar mecanismo que impeçam novas violações no futuro (MEZAROBBA, 2009).

Neste sentido, é possível enxergar três pilares básicos da justiça de transição, quer sejam: formação de uma memória e "verdade" oficial, reparação às vítimas e punição dos agentes responsáveis pelas violações aos direitos humanos durante o regime pretérito. Entende-se que a ideia fundamental da justiça de transição é aparar as arrestas e conflitos do passado, de modo que a sociedade possa caminhar para um futuro justo e democrático.

Anthony Pereira (2010), por sua vez, preleciona que a justiça transicional, analisando diversos países, sempre tendeu a criar duas instituições de máxima relevância: uma comissão da verdade para investigar os abusos do regime autocrático e a responsabilização judicial dos agentes que cometeram tais violações. Discutindo o caso de Argentina, Brasil e Chile que passaram por ditaduras militares dentro do mesmo contexto de Guerra e se redemocratizaram também num mesmo período, o autor afirma que os argentinos conseguiram criar uma comissão

da verdade e inclusive julgar os dirigentes do regime militar. No tocante ao Chile, o governo civil empossado após a ditadura de Pinochet criou imediatamente uma comissão da verdade, mas só conseguiu punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos posteriormente. Em relação ao Brasil, Pereira foi enfático: "[...] o resultado foi fortemente minimalista: nem comissão da verdade, nem julgamentos." (PEREIRA, 2010, p. 238) A Comissão Nacional da Verdade (CNV) brasileira foi instituída somente através da Lei Federal n.º 12.528/2011 (BRASIL, 2011), isto é, 26 anos após o fim da ditadura militar, enquanto como ilustrado nos casos argentino e chileno, este tipo de comissão é geralmente criada imediatamente após o regime ditatorial.

Na avaliação do autor mencionado:

> […] a justiça transicional brasileira foi principalmente simbólica, e o Judiciário e as forças armas, sob a democracia, continuaram a funcionar basicamente da mesma maneira como funcionavam sob o regime militar. (PEREIRA, 2010, p. 243)

Considerando a morosidade na instalação da CNV e o caráter meramente recomendatório de suas conclusões é forçoso concordar com Pereira. O relatório final da Comissão Nacional da Verdade foi entregue a presidenta Dilma Rousseff em dezembro de 2014, indicando o nome de mais de 300 agentes responsáveis por violações aos direitos humanos durante a ditadura militar brasileira, e fez várias recomendações como a responsabilização penal daqueles e a revisão da Lei de Anistia (CNV, 2014), mas tais recomendações não tem caráter vinculante e mandatário, tratando-se na verdade de meras "sugestões" direcionadas principalmente ao Poder Executivo e Legislativo.

Na visão de Pereira (2010), em relação aos países em comento, o Chile seguiu um meio termo em relação a Brasil e Argentina, no tocante ao seu processo de transição, pois ficou: "[...] entre o gradualismo autoritário brasileiro e a ruptura radical da guerra suja argentina [...]" (PEREIRA, 2010, p. 251). De acordo com o autor, apesar disto, o Chile foi o país que mais apresentou continuidade legal após o regime autoritário, considerando que Pinochet somente saiu do poder em 1990, após a derrota em um plebiscito, e, neste sentido, a Lei de Anistia de 1978 e a Constituição de 1980, esta última ainda em vigor, propiciaram o fundamento institucional para o fim da ditadura. Porém, o primeiro civil empossado após a saída de Pinochet, Patricio Aylwin conseguiu instalar uma comissão da verdade em apenas seis semanas após o início do seu governo e a partir de então, grupos de defesa de direitos humanos e membros do judiciário chileno usaram expedientes criativos para contornar a lei de anistia. Tal fato abriu caminho para a responsabilização penal dos agentes violadores dos direitos humanos

e culminou na cassação da imunidade de Pinochet pela Suprema Corte chilena em 2004, após sua polêmica detenção na Europa a pedido do juiz espanhol Baltazar Garzón, (PEREIRA, 2010).

A Argentina, por sua vez, na percepção de Pereira (2010) foi entre os três países analisados, aquele cuja tentativa de estabelecer uma justiça de transição foi mais intensa. Fatores como crise econômica, derrota na Guerra das Malvinas e desgaste pelos grandes abusos e violência durante a chamada "guerra suja", período de repressão ditatorial mais intensa, enfraqueceram muitos os militares argentinos, se comparados aos seus colegas brasileiros e chilenos. Isto permitiu a Raúl Alfonsín, primeiro presidente eleito após a queda da ditadura adotar importantes medidas de justiça de transição como criação de uma comissão da verdade.

Porém, o processo de transição argentino sofreu reveses com aprovação de algumas leis no fim do governo Alfonsín (Lei do Ponto Final e da Obediência Devida) e o perdão concedido na presidência seguinte de Carlos Menem, ambos visando obstruir o julgamento dos agentes do Estado que violaram direitos humanos durante o regime autocrático. Entretanto, este quadro se reverteu novamente, a partir da revogação das leis indicadas pelo Congresso Argentino em 1998 e do governo de Nestor Kirschner em 2003, circunstâncias que retomaram e revigoraram o processo de transição no país platino. Na avaliação do autor:

> A justiça transicional argentina não teve êxito total por estar sujeita ao ciclo progressivo-regressivo antes mencionado, em que medidas tomadas por um governo são revogadas por seu sucessor. Ela, entretanto, não ficou restrita ao imobilismo que encontramos no caso brasileiro. (PEREIRA, 2010, p. 247)

Como visto, apesar do "vai-vém" na Argentina e da pressão dos militares no Chile, tais países conseguiram alcançar um processo de transição de melhor qualidade que o Brasil, onde ainda se está discutindo o relatório da Comissão Nacional da Verdade, às vésperas dos 30 anos do fim da ditadura militar. Como observa Marlon Weichert (2009), mesmo com a ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa), o Brasil "[...] não superou [...] a situação de impunidade e ocultação relativamente às violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura, nas décadas de 60 e 80." (WEICHERT, 2009, p. 156).

Enfim, é possível concluir, conforme o exposto, que embora Argentina, Brasil e Chile, como dito, passaram por ditaduras dentro de um mesmo contexto histórico – Guerra Fria – e com redemocratização igualmente dentro do final deste evento, o processo de justiça de transição de tais países foi muito diverso, com o Brasil e Argentina, nos polos, como o processo

transicional menos e mais aprofundado respectivamente, estando o Chile no meio termo entre ambos. Porém, pode-se identificar um diálogo transconstitucional entre perspectivas de justiça de transição tão díspares? Este trabalho defende uma hipótese afirmativa, conforme será abordado nos tópicos seguintes.

3. Diálogo Transconstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante a Lei de Anistia Brasileira

É possível identificar um diálogo transconstitucional entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153 e do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), ocorrido em cada um destes tribunais na ordem respectiva, no ano de 2010. Ambas as decisões discutiam a Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979) e o empecilho que tal norma traz para a responsabilização dos agentes estatais que cometeram violações aos direitos humanos durante a ditadura militar (BRASIL, 2010; CIDH, 2010).

Embora os julgados em questão tenham seguido sentido diverso, no qual o STF decidiu pela validade da Lei de Anistia e a CIDH, pela incompatibilidade deste diploma legal com a participação do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (BRASIL, 2010; CIDH, 2010), existe um diálogo transconstitucional não pela concordância entre as decisões indicadas, mas porque os tribunais se referenciam mutualmente durante os respectivos julgamentos, conforme será mostrado neste tópico.

Neste sentido, a começar pelo STF, basta analisar os votos dos Ministros no julgamento da ADPF n.º 153 para constatar a ocorrência do transconstitucionalismo. É necessário salientar que nem todos estão em discordância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora esta tenha sido a posição do voto vencedor.

Por exemplo, o voto do Ministro Celso de Mello foi em sua parte inicial afinado com os julgados da CIDH, afirmando que a jurisprudência deste tribunal internacional:

> [...] **não tolera** o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana **nem legitima** leis nacionais que **amparam e protegem** criminosos **que ultrajaram** de modo sistemático, valores essenciais **protegidos** pela Convenção Americana de Direitos Humanos [...]. (BRASIL, 2010, pp. 183-184, grifo original)

Porém, o jurista questionado pondera que os argumentos da Corte Interamericana de Direitos não são aplicáveis a Lei de Anistia do Brasil, considerando que:

> **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. (BRASIL, 2010, p. 184, grifo original)

No voto de Celso de Mello fica claro o reconhecimento da CIDH como instância jurídica válida, com capacidade de gerar precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, e portanto, existe um relevante movimento de conversação transconstitucional. Entretanto, conforme a última citação acima, na interpretação do ministro, a jurisprudência deste tribunal não se aplicaria ao caso brasileiro, em vista de circunstância históricas locais que fizeram com que a Lei de Anistia brasileira não fosse uma norma imposta, isto, é uma "auto-anistia", considerada inválida pela Corte Interamericana.

O Ministro Marco Aurélio Mello também segue uma linha de raciocínio similar ao de seu colega, Celso de Mello, isto é, de defender a posição de que os precedentes da CIDH não se aplicam ao caso brasileiro, pois não se tratou de uma "auto-anistia". Marco Aurélio de Mello chega a citar expressamente casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como Barrios Altos e Loayza Tamayo relativos ao Peru e Almonacid Arellano e outros, este último relativo ao Chile, no qual o tribunal referido se posicionou pela invalidade de uma anistia unilateral (BRASIL, 2010). Tais precedentes jurisprudenciais não seriam válidos para o Brasil, na visão deste magistrado, pois:

> [...] **não se registrou, no caso brasileiro, uma auto-concedida** anistia, pois foram completamente **diversas** as circunstâncias históricas **e** políticas **que presidiram,** no Brasil, **com** o concurso efetivo **e** a participativa ativa da sociedade civil **e** da Oposição militante, a discussão, a elaboração **e** a edição da Lei de Anistia, **em contexto inteiramente distinto** daquele vigente na Argentina, no Chile **e** no Uruguai, dentre **outros** regimes ditatoriais. (BRASIL, 2010, p.185, grifo original)

Assim, a grande diferença nos votos dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello, é que o último deu mais ênfase no processo histórico que culminou na elaboração da Lei de Anistia brasileira. Nos termos da citação acima, o julgador em questão destacou a participação da sociedade civil e mesmo da oposição na concepção de tal norma e isto afastaria o precedente da invalidade da unilateralidade das auto-anistias, condenadas pela CIDH (BRASIL, 2010).

O Ministro Cezar Peluso compartilha da argumentação de seus dois companheiros mencionados anteriormente, acrescentando que a Lei de Anistia brasileira: “Seria de auto-anistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo [...]” (BRASIL, 2010, p. 210)

Considerando o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, este transcende a jurisprudência da CIDH e chegar a afirmar que os crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura militar como o genocídio e a tortura, além de ferir a jurisdição penal nacional, atingem também: “[...] à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal.” (BRASIL, 2010, p. 115) Mostrando que existe um claro acoplamento estrutural entre a jurisdição brasileira e as demais esferas de ordenamento jurídico, consoante a teoria transconstitucional.

Lewandowski chama a atenção para o fato de que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já havia determinado que todos os Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, entre eles, o Brasil, tem o dever de investigar, punir e processar os responsáveis por violações aos Direitos Humanos em seu território, juízo que o ministro indicado afirma compartilhar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2010). Sobre a CIDH, Lewandowski também ressaltou o seguinte:

> A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação [investigar, processar e punir violações aos Direitos Humanos] configura uma violação à Convenção [Americana sobre Direitos Humanos], gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgão. (BRASIL, 2010, p.129)

A principal contribuição do voto de Lewandowski foi frisar que o Brasil pode ser responsabilizado internacionalmente pelas violações aos Direitos Humanos não apuradas em virtude da Lei de Anistia.

Em sentido oposto a Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a validade da Lei de Anistia, mas não traçou um diálogo transconstitucional com a CIDH, preferiu assim, citar o Judiciário espanhol, mencionado o caso do Juiz Baltazar Garzón “[...] suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados.” (BRASIL, 2010, pp. 235-236) Na visão de Mendes questionar a anistia no Brasil, bem como na Espanha seria romper com uma espécie de pacto constitucional que foi estabelecido pelas respectivas constituições destes países na sedimentação do processo de redemocratização (BRASIL, 2010).

E, por fim, será realizada a análise do voto vencedor do relator da ADPF n.º 153, Ministro Eros Grau. Em suas considerações, o julgador preferiu traçar uma conversação com a

ordem jurídica internacional, indicando inúmeros tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e com a legislação dos países vizinhos (BRASIL, 2010). Nestes termos, o juiz em questão lembra que a legislação internacional e a própria Constituição Federal de 1988 torna insuscetível de anistia ou graça, crimes como a tortura entre outras graves violações aos direitos humanos, porém, que tais normas não podem: "[...] alcançar, por sua impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência." (BRASIL, 2010, p. 37)

Grau defende ainda que:

> Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria. (BRASIL, 2010, p. 39)

Seguindo este argumento, o ministro relator informa que no Chile, por exemplo; "[...] a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, será feita pelo Poder Legislativo." (BRASIL, 2010, p. 40) No tocante a Argentina, Grau, salienta que a despeito da Câmara de Cassação Penal e da Corte Suprema Argentina declararam a inconstitucionalidade dos indultos concedidos pelo presidente Menem a militares que cometeram violações aos direitos humanos durante a última ditadura ocorrida no país em questão; "[...] a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão." (BRASIL, 2010, p. 41)

Em relação ao Uruguai, o Ministro Grau mencionou que os eleitores uruguaios rejeitaram a revisão da lei de anistia em dois plebiscitos, realizados em 1989 e 2009. Isto apesar da Suprema Corte de Justiça daquele país ter declarado a lei de anistia uruguaia inconstitucional, neste último ano, em vista de apreciação de denúncia referente a morte de um militante comunista em unidade militar durante a ditadura nos anos 1970 (BRASIL, 2010).

Apesar de não mencionar diretamente a CIDH, como dito, no voto de Grau é possível vislumbrar um diálogo transconstitucional típico. Como já abordado no tópico respectivo, a conversação constitucional não se caracteriza pela concordância com os precedentes citados ou por uma relação de subsunção hierárquica, mas pelo próprio diálogo em si mesmo. Nestes termos, o juiz em questão usa as normas internacionais como referência e a apreciação das leis de anistias dos países indicados pelo judiciário, legislativo e até pela soberania popular. Entretanto, é preciso salientar, abrindo um adendo, que a visão de Grau sobre a justiça de transição particularmente na Argentina e no Chile contrastam fortemente com o que foi

apresentado no segundo tópico deste trabalho, que corresponde a versão mais consolidada sobre a justiça transição destes países, e, diferente do que o julgador informou, o judiciário teve um importante papel no processo de transição de tais nações *vide* Pereira (2010) entre outros.

Terminada a análise dos votos da ADPF n.º 153 no STF, será agora analisado o julgamento do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vale salientar que ambos ocorreram no mesmo ano, 2010, no STF no começo do ano e da CIDH no final, por isso, o tribunal internacional fez menção expressa a decisão da suprema corte brasileira: "[...] la Corte considera que la sentencia del Supremo Tribunal Federal de 29 de abril de 2010 constituye un hecho superviniente [...] y, por ello, corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre dicho alegato estatal."[1] (CIDH, 2010, p. 20)

Porém, apesar do fato de considerar o julgamento da ADPF n.º 153 um feito superveniente a ser abordado, a Corte Interamericana deixa claro que não é seu papel revisar tal decisão:

> La demanda presentada por la Comisión Interamericana no busca revisar la sentencia del Supremo Tribunal Federal, decisión que ni siquiera había sido emitida cuando dicho órgano presentó su demanda ante la Corte Interamericana, sino que pretende que se establezca si el Estado violó determinadas obligaciones internacionales establecidas en diversos preceptos de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas, [...][2] (CIDH, 2010, p. 20)

Nestes termos, a CIDH considerou que a decisão do STF que confirmou a constitucionalidade da Lei de Anistia como prova de fatos supervenientes, de acordo com seu regimento interno, e não poupou críticas a esta. (CIDH, 2010) Na visão dos juízes deste tribunal, a interpretação dada pelo STF, sobre a constitucionalidade da norma anistiadora no Brasil:

> [...] constituye el mayor obstáculo para la garantía del derecho al acceso a la justicia y del derecho a la verdad de los familiares de los desaparecidos, lo cual ha creado uma situación de total impunidad. Esa interpretación ha sido refrendada recientemente por el Supremo Tribunal Federal, lo cual hace mayor el obstáculo que la Ley representa para la investigación de los hechos por los efectos vinculantes y eficacia *erga omnes* de esa decisión.[3] (CIDH, 2010, p. 48)

---

[1] "[...] a Corte considera que o acordão do Supremo Tribunal Federal de 29 de abril de 2010 constitui um fato superveniente [...] e, por isto, corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre a referida decisão estatal." (tradução livre)

[2] "A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não busca revisar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando o dito órgão ingressou com sua demanda perante a Corte Interamericana, porém, pretende que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais estabelecidas em diversos dispositivos da Convenção Americana em prejuízo das presumidas vítimas, [...]" (tradução livre)

[3] "[...] constitui o maior obstáculo para a garantia do direito ao acesso à justiça e o direito à verdade pelos familiares dos desaparecidos, a qual criou uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tornou maior ainda o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos, pelos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* dessa decisão." (tradução livre)

A Corte Interamericana, assim, entende que a interpretação dada pelo STF foi extremamente prejudicial para as vítimas da ditadura brasileira e seus familiares, por não permitir a responsabilização dos agentes que cometeram sérias violações aos direitos humanos. Nestas circunstâncias, a despeito da crítica, existe um diálogo transconstitucional, até pelo fato de que a CIDH ressalta que não é sua atribuição no caso revisar a Lei de Anistia brasileira, mas apontar a responsabilização internacional do Estado (CIDH, 2010). Aliás, a conversação transconstitucional entre o acordão do STF e a sentença da CIDH chega a questionar os fundamentos de que a anistia brasileira foi um processo negociado entre a sociedade civil e o governo de exceção:

> La Ley de Amnistía no fue el resultado de un proceso de negociación equilibrada, ya que su contenido no contempló las posiciones y necesidades reivindicadas por sus destinatarios y sus familiares. De tal modo, atribuir el consentimiento de la amnistía para los agentes represores al lema de la campaña y a los familiares de los desaparecidos es deformar la historia.[4] (CIDH, 2010, p. 48)

No trecho acima citado, se vê uma crítica dura e contundente a um dos principais argumentos trazido durante o julgamento da ADPF n.º 153, o de que a Lei de Anistia brasileira foi fruto de um processo de negociação e não resultou de uma auto-anistia, considerada inválida nos termos da jurisprudência da CIDH, conforme inúmeros ministros da suprema corte brasileira consideram em seus votos, já discutidos na primeira parte deste tópico. Segundo a citação supra, para a CIDH é literalmente deformar a história conceder anistia simultaneamente para vítimas e agentes repressores da ditadura.

Contudo, talvez a mais importante crítica feita pela CIDH a decisão do STF foi a de que:

> [...] no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, [...]"[5] (CIDH, 2010, p. 66)

---

[4] "A Lei de Anistia não foi o resultado de um processo de negociação equilibrado, já que em seu conteúdo não contemplou as posição e necessidades reivindicadas por seus destinatários e familiares. De tal modo, atribuir a concessão da anistia para os agentes repressores e aos familiares dos desaparecidos é deformar a história." (tradução livre)

[5] "[...] não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmo 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, [...]" (tradução livre)

Sobre o conceito de controle de convencionalidade, Valério Mazzuoli informa que este; "[...] nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos." (MAZZUOLI, 2011, p. 405, grifo original) Desta forma, a CIDH alega que o STF não realizou o devido controle de convencionalidade das normas internacionais em relação ao STF. Na verdade, de acordo com o estudado no início deste tópico, os ministros do STF "consideraram" os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e mesmo a jurisprudência da CIDH. Porém, como visto, em linhas gerais eles argumentaram que tais precedentes não eram aplicáveis ao caso particular da lei de anistia brasileira, seja por esta não ser uma "auto-anistia" ou pelo fato de tais diplomas legais não retroagiram a fatos anteriores a sua vigência.

Portanto, segundo a teoria transconstitucional é possível dizer que o STF "considerou" as normas e jurisprudência internacional, na medida em que dialogou com estas, ainda que negando sua aplicação, somente dada as circunstâncias do caso, frise-se, mas não se submeteu a estas, o que não invalida a conversação estabelecida.

Além de observar que a decisão do STF se chocou com sua jurisprudência, a Corte Interamericana (2010) ainda alegou que o STF desobedeceu normas relativas ao *jus cogens*, ao manter a validade do diploma anistiador brasileiro. Lembrando, consoante a lição de Mazzuoli (2011, p. 264), que o *jus cogens* é constituído por; "[...] normas fundamentais, formadas pelo costume, deveriam estar situadas em uma posição hierarquicamente superior às normas convencionais, tornando nulos os tratados com elas contrastantes." Neste sentido, se pode considerar que a CIDH entende que a invalidade da Lei de Anistia do Brasil se deve não apenas em virtude das convenções ratificadas pelo país, mas porque a manutenção de tal norma fere princípios basilares do direito internacional sintetizados sob a forma do *jus cogens*, entre os quais o que determinam que graves violações aos direitos humanos não podem ficar impunes e não prescrevem.

Por fim, deixando um pouco de lado o diálogo transconstitucional, a CIDH reafirmou sua competência e supremacia sobre os tribunais nacionais:

> [...] a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cabe el control de convencionalidad y la última palabra cuando el tema encierre debate sobre derechos humanos. Es lo que resulta del reconocimiento formal de la competencia jurisdiccional de la Corte por um Estado, como lo hizo Brasil.[6] (CIDH, 2010, p. 122)

[6] "[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerra debate sobre direitos humanos. É o que resulta do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por uma Estado, como fez o Brasil." (tradução livre)

Além disso, a Corte Interamericana também destacou a supremacia da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica):

> Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse.[7] (CIDH, 2010, p. 122)

Apesar do apelo hierárquico trazido na última parte do julgamento do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), como visto acima, ele não invalida a caraterização da conversação transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. Afinal, existe um diálogo de referenciamento em duas mãos estabelecido entre tais tribunais, que permitem um acoplamento estrutural entre a ordem jurídica nacional e internacional, a discordância ou a crítica também fazem parte do debate, como já aludido.

Considerações Finais

Rumando para a finalização do presente trabalho, se pode chegar as seguintes conclusões:

Em primeiro lugar, ficou caracterizada a conversação transconstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante a validade da Lei de Anistia brasileira, afinal, em seus respectivos julgamentos, estes tribunais conseguiram estabelecer um diálogo, ainda que discordante em linhas gerais. O caso da anistia brasileira é um típico problema transconstitucional na medida em que ele transcende o ordenamento jurídico nacional e envolve diversas instâncias e sistemas jurídicos.

Num segundo plano, diferente do que foi sugerido no segundo tópico, a teoria do Prof. Marcelo Neves, particularmente neste caso, não trouxe sua vantagem de possibilitar uma melhor solução para o problema. Pelo menos se for considerado que a "melhor" decisão seria considerar a Lei de Anistia inválida, consoante os argumentos da CIDH, de forma que se

[7] "Para todos os Estados do continente americana que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional referente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, assim como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela adequar-se." (tradução livre)

possibilitasse a responsabilização penal dos agentes que cometeram graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar no Brasil.

No terceiro momento, se pode afirmar que o processo de justiça de transição no país ainda não foi finalizado, afinal o relatório da CNV foi apresentado em dezembro de 2014. Além disso, inúmeros setores da sociedade tem se posicionado contra a manutenção da vigência da norma anistiadora. Neste sentido, e também considerando eventuais mudanças que estão ocorrendo na composição do STF não é impossível uma retomada da discussão sobre a temática.

Ficou claro na análise dos votos da ADPF n.º 153 na suprema corte brasileira que existe uma disposição para conversação transconstitucional com a CIDH, nestes termos, o STF não se mostrou como um tribunal fechado afirmando a soberania absoluta e sua competência exclusiva para discussão da validade da Lei de Anistia. Muito pelo contrário, se verificou a todo instante uma necessidade de ao mesmo tempo, reconhecer a legitimidade dos foros internacionais, mas justificar porque suas decisões e normas não aplicariam naquele caso específico.

Assim, é possível afirmar que existe uma "porta aberta" para a questão, isto abre uma esperança para todos que desejam que o Brasil definitivamente supere seu passado e possa construir um futuro mais democrático.

Referências

BRASIL. **Lei Federal n.º 6.683/1979 (Lei de Anistia)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 01 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153.** Constitucionalidade da Lei de Anistia. Relator: Min. Eros Grau, 29/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 01 set. 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV). **Conheça e Acesse o Relatório Final da CNV.** 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <**http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv**>. Acesso em: 15 jan. 2015

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença do Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *versus* BRASIL (2010). **Jurisprudência; Casos Contenciosos.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 28 dez. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade:** a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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.

WEICHERT, Marlon Alberto. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional. In: SOARES, Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade:** a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.