



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO HENRIQUE DE FARIA BARBOSA

**A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS BRASILEIRO E
O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Recife
2015

PEDRO HENRIQUE DE FARIA BARBOSA

**A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS BRASILEIRO E
O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de mestrado
apresentada ao no Programa
de Pós-graduação em Direito
(Mestrado) pela Universidade
Federal de Pernambuco, como
parte dos requisitos para a
obtenção do título de Mestre
em Direito.

Área de Concentração: 3 -
Teoria do Direito e Justiça

Linha de pesquisa: 3.1 -
Direitos Humanos, Sociedade e
Democracia

ORIENTADOR: Bruno César
Machado Torres Galindo

Recife
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

de Faria Barbosa, Pedro Henrique.

A Relação entre o Sistema de Direitos Humanos Brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos / Pedro Henrique de Faria Barbosa. - Recife, 2015.

149 p.

Orientador(a): Bruno César Machado Torres Galindo

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

1. Direitos Humanos. 2. Direito Constitucional. 3. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 4. Lei de Anistia. 5. Corte Interamericana de Direitos Humanos. I. Machado Torres Galindo, Bruno César. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

PEDRO HENRIQUE DE FARIA BARBOSA

**A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS BRASILEIRO E
O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre.

Aprovado em: 31/08/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Presidente / Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e todos seus funcionários envolvidos pela oportunidade de realização de trabalhos em minha área de pesquisa.

Aos colegas do PPGD pelo seu auxílio nas tarefas desenvolvidas durante o curso e apoio na revisão deste trabalho.

A meu orientador, Prof. Dr. Bruno Galindo, que demonstrou uma paciência e cooperação ímpar com meus atropelos durante a realização desse trabalho.

À Profa. Dra. Eugênia Cristina Barza, por ter me ajudado em inúmeras ocasiões durante todo esse trajeto, sem a qual não seria possível concluir esse trabalho.

A meus pais, Odin Barbosa e Cíntia Gonsalves, bem como a minha namorada, Gabriela Arruda, talvez as pessoas que mais tiveram de ouvir minhas preocupações no curso desse projeto, por seu carinho e ajuda, meu muito obrigado.

RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro na temática de proteção dos direitos humanos, comparando-o com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Esta obra busca tal análise por meio de uma abordagem histórico-jurídica do Brasil no tratamento do tema, apontando as principais normativas do regime de direitos humanos nacional. Trata também do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas nuances, detendo-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caráter de suas decisões referentes a regimes de exceção. A conexão entre ambos os sistemas é realizada por meio da análise do julgado da referida corte frente ao Brasil no tema referente aos desaparecimentos forçados ocorridos em meio à guerrilha do Araguaia, de onde é feita uma análise da efetividade e aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana frente ao Brasil, os desafios para sua implementação e possíveis pontos de conexão capazes de solucionar conflitos na interação entre os sistemas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Redemocratização. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana. Guerrilha do Araguaia. Transconstitucionalismo. Relativismo Cultural.

ABSTRACT

This work was developed with the objective of analyzing the current state of the Brazilian legal order regarding the protection of human rights, comparing it to the Inter-American Human Rights System. This work seeks such an analysis through a legal-historical approach of Brazil and its treatment on the theme, pointing out the main norms in the national human rights regime. It also centers on the Inter-American Human Rights System and its nuances, focusing in the Inter-American Court of Human Rights and the characteristics of its decisions regarding regimes of exception. The connection between both systems is brought forward by the analysis of the case decided by this court against Brazil on the theme of enforced disappearances that occurred during the Araguaia guerrilla, point where it is analyzed the effectiveness and applicability of the decisions of the Inter-American Court against Brazil, the challenges for its implementation and possible connection points capable of solving conflicts in the interaction between systems

Keywords: Human Rights. Redemocratization. Inter-American Human Rights System. Inter-American Court. Araguaia Guerrilla. Transconstitucionalism. Cultural Relativism.

RESUMEN

Este trabajo fue desarrollado con el propósito de analizar el estado actual del ordenamiento jurídico brasileño en materia de protección de los derechos humanos, comparándolo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este trabajo busca un análisis por medio de un enfoque jurídico-histórico de Brasil en el tratamiento del tema, señalando las principales normativas nacionales en el régimen de derechos humanos. Analiza también el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus matices, con foco en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el carácter de sus decisiones acerca de los regímenes de excepción. La conexión entre ambos sistemas se realiza a través del análisis del juicio de la Corte contra Brasil en el tema referente a las desapariciones forzadas ocurridas en medio de la guerrilla de Araguaia, donde se hace un análisis de la efectividad y aplicabilidad de las decisiones de la Corte Interamericana contra Brasil, los desafíos para su implementación y los posibles puntos de conexión capaces de resolver los conflictos en la interacción entre sistemas.

Palabras clave: Derechos Humanos. Redemocratización. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana. Guerrilla de Araguaia. Transconstitucionalismo. Relativismo cultural.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI - Ato Institucional

CEJIL - Centro pela Justiça e o Direito Internacional

CF - Constituição Federal

DH - Direitos Humanos

EUA - Estados Unidos da América

HC - *Habeas Corpus*

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OEA - Organização dos Estados Americanos

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

MST - Movimento dos Trabalhadores sem Terra

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	EVOLUÇÃO DO REGIME NORMATIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	21
2.1	O CONTEXTO HISTÓRICO DE REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	23
2.1.1	A instituição do regime de exceção: Os Atos Institucionais ..	24
2.1.2	Redemocratização: Lei de Anistia e escolhas no tratamento do regime de exceção	27
2.1.3	A Constituição Federal de 1988 como marco jurídico de proteção dos direitos fundamentais	31
2.2	EVOLUÇÃO NORMATIVA NO TRATAMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	33
2.2.1	A inclusão na Constituição Federal de normas de proteção de direitos humanos	35
2.2.2	Tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil aderiu pós redemocratização	38
2.3	O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES DE DIREITOS HUMANOS: PARADIGMAS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	41
2.3.1	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF e a importância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei de Anistia	42
2.3.2	Os julgamentos do STF e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de leis de anistia	49
3	O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	54
3.1	A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ...	57
3.2	A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	61
3.2.1	O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de regimes de exceção e eventuais	

	leis de anistia	68
3.2.2	A relação do Brasil com a Corte Interamericana de Direitos Humanos	75
4	TRANSCONSTITUCIONALISMO E O RELATIVISMO CULTURAL	82
4.1	TRANSCONSTITUCIONALISMO	82
4.1.1	Transconstitucionalismo: Acoplamentos estruturais e racionalidade transversal entre ordens jurídicas constitucionais	83
4.1.2	Transconstitucionalismo entre sistemas de proteção de direitos humanos: Conversação entre Cortes	86
4.2	RELATIVISMO CULTURAL	90
4.2.1	Teorias constitucionais de Integração Interestatal: relações culturais em distintos níveis	94
4.2.1.1	Multiculturalismo	96
4.2.1.2	Interculturalismo	98
4.3	CASOS GOMES LUND ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") E A INTERAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS	100
4.3.1	Histórico	102
4.3.2	A Sentença do Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil	104
4.3.3	A interação entre sistemas no Caso Guerrilha do Araguaia ..	110
4.4	DIÁLOGO DAS CORTES E A APLICAÇÃO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	114
4.4.1	Diálogo Jurídico: meio de interação recíproca	117
4.4.2	Diálogo das Cortes	120
4.4.3	Opiniões consultiva: Posicionamento jurisprudencial e harmonização de linguagem	125
5	CONCLUSÃO	133
	REFERÊNCIAS	143

1 INTRODUÇÃO

Direitos humanos é um ramo do direito que vem passando por profundas alterações nas últimas décadas, principalmente no que tange às relações do mesmo com o chamado direito constitucional internacional. Desde o final da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, mas principalmente com as mudanças do sistema internacional ocorridas no início da década de 90, há uma profunda relação entre o direito internacional e os direitos nacionais em matéria de proteção de direitos humanos.

No contexto latino-americano, superando o período de regimes autoritários ocorrido durante as décadas de 50, 60 e 70 do século passado, a onda de redemocratização ocorrida durante a década de 80 e início da década de 90 do século XX afetou profundamente o direito constitucional dos países da região, com o surgimento de diversos novos textos constitucionais. Conforme analisa Flávia Piovesan:

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições européias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana¹

Não apenas a criação de normas e princípios, mas principalmente o surgimento de organismos internacionais específicos para proteção, monitoramento e cumprimento dos direitos humanos - a exemplo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 2006 - tem alterado sua forma tradicional de aplicação, superando o período em que a matéria era tratada de maneira soberana por cada Estado. Simultaneamente, antigos organismos de

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221. Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

monitoramento passaram por um período de fortalecimento com a adesão de diversos novos Estados.

No direito brasileiro, a proteção aos direitos humanos é um importante conceito, sendo um dos princípios expressos no art. 4º da Constituição Federal de 1988. No âmbito regional, o Brasil submete-se ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, buscando harmonizar a jurisprudência doméstica às diretivas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A integração nacional a um regime jurídico internacional de um tema que, por muito tempo, foi soberanamente limitado ao ordenamento jurídico interno demonstra a evolução do sistema jurídico brasileiro em priorizar medidas que garantam uma maior proteção desses direitos. Ainda assim, há avanços e recuos na temática, principalmente no que tange ao cumprimento interno das decisões emitidas por tribunais internacionais.

Com o fim do regime de exceção e a redemocratização - tomando como base sua plena ocorrência com a criação da Constituição Federal de 1988 -, o Brasil viu-se inserido não apenas em um novo contexto nacional, mas em um cenário regional e internacional bastante diverso daquele experimentado nas últimas décadas. A restauração da ordem democrática brasileira foi acompanhada do fim da Guerra Fria e de uma onda de renovação da atuação de organismos internacionais e de adesão a tratados e regimes internacionais, principalmente em temas comuns aos indivíduos e costumeiramente tratados em bases soberanas pelos Estados (meio ambiente, direitos humanos etc.).

Nesse diapasão, a mudança constitucional brasileira contribuiu para que ele passasse a integrar, tanto na esfera global quanto regional, diversos regimes que, tradicionalmente, eram restritos ao âmbito nacional. Em verdade, o embaixador Gelson Fonseca Jr. considera que há um esforço brasileiro de renovação de credenciais², ou seja, de superação da posição soberanista brasileira em certos temas debatidos internacionalmente - notadamente não proliferação, meio ambiente e direitos humanos.

² FONSECA JR., Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais - Poder e ética entre as nações**. 2ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 355.

Uma das principais questões brasileiras dizia respeito à proteção aos direitos humanos, matéria tradicionalmente sensível durante regimes de exceção, o que motivou uma pressão da sociedade civil e de Organizações não Governamentais (nacionais e internacionais) em normatizar e fortalecer essa temática não apenas legalmente, mas constitucionalmente. Assim, hodiernamente, percebe-se que a proteção aos direitos humanos é um dos conceitos caros ao constitucionalismo brasileiro.

Além dos diversos artigos referentes à proteção desses direitos no corpo da Constituição, a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios que expressamente regem as relações internacionais brasileiras, conforme contido no art. 4º, II da Constituição Federal³.

Esse movimento nacional foi acompanhado por diversos outros Estados que se redemocratizaram na América Latina no curso da década de 80 e 90 do século passado. A experiência regional foi essencial para que se buscasse um constitucionalismo sintonizado com o regime internacional de direitos humanos, conforme demonstra o entendimento de Flávia Piovesan:

Importa ressaltar que estas Constituições, na qualidade de marcos jurídicos da transição democrática nestes países, fortaleceram extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.⁴

Essa integração pode ser percebida, no âmbito regional, com a adesão do Brasil ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, buscando harmonizar a jurisprudência doméstica às diretivas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A adesão nacional a um regime jurídico internacional de

³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

⁴ PIOVESAN, Flávia. **A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: impacto, desafios e perspectivas. Escola Superior do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 4 – Julho/Setembro de 2002. p. 8-9.

um tema que, por muito tempo, foi soberanamente limitado ao ordenamento jurídico interno foi considerada uma evolução do sistema jurídico brasileiro. Ainda assim, há avanços e recuos na temática, principalmente no que tange ao cumprimento interno das decisões emitidas por tribunais internacionais.

A interação entre sistemas jurídicos diversos não é uma questão simples, especialmente quando envolve o tratamento de normas em nível constitucional, como é o caso da matéria de direitos humanos. A tradicional hierarquia piramidal presente em um único ordenamento jurídico não necessariamente explica a relação entre sistemas, uma vez que nem sempre há relação hierárquica capaz de dirimir conflitos. Esse problema é apontado por Marcelo Neves ao analisar que:

A pergunta concernente à conformidade ou desconformidade ao direito (licitude ou ilicitude), em relação a um mesmo caso, apresenta-se perante uma pluralidade de ordens jurídicas. Essa pergunta vazia pode ser complementada com referência a conteúdo: quais os critérios ou programas condicionais que podem servir para definir se algo se enquadra na hipótese da licitude ou da ilicitude? As diversas ordens, naturalmente, vão invocar, primariamente, os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução de casos. Sem dúvidas, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de "pontes de transição" é fundamental. Evidentemente, essas "pontes", como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo.

(...)

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a "conversação" constitucional é indispensável.⁵(grifo nosso)

Assim, as chamadas colisões entre as diversas ordens não podem ser dirimidas de forma semelhante às colisões dentro de um único sistema. A criação de pontes e o surgimento de uma conversação constitucional reveste-se de relevância não apenas no plano teórico, mas principalmente para solucionar os conflitos concretos que porventura surjam.

A questão reveste-se de maior complexidade no que se refere à matéria de direitos humanos, uma vez que diversos doutrinadores questionam a legitimidade da ideia de direitos humanos universais. Em verdade, há um

⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 128-129.

intenso debate sobre a existência de um relativismo cultural nesse tema, o qual implica numa relativização das noções de direitos humanos a depender do contexto histórico e cultural de cada sociedade. Conforme aponta Flávia Piovesan:

Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral.⁶(grifo nosso)

Considerando o relativismo cultural, há uma maior complexidade na análise e aplicação das normas de direitos humanos. Se dentro de um único sistema jurídico já há disparidades históricas e culturais que alteram as noções acerca dos direitos fundamentais, há um conflito ainda maior quando se considera a interação entre sistemas distintos, os quais se formaram em realidades culturais diversas. Mesmo dentro de um mesmo contexto regional, como é o exemplo do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, é ainda debatível a formação de uma cultura de direitos humanos regional comum capaz de harmonizar os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, apesar dos esforços dos órgãos interamericanos de proteção.

O diálogo para a construção de pontes entre os sistemas é talvez o principal mecanismo para a solução de paradoxos, porém é sabido que tal diálogo depende de uma capacidade de compreensão de conceitos de maneira semelhante. A linguagem de cada sistema, especialmente em se tratando de direitos humanos, tema repleto de conceitos abertos e definições abrangentes, é profundamente influenciada por seu contexto cultural, de modo que há colisões não apenas no que se refere ao âmbito normativo, mas principalmente na interpretação dada aos conceitos jurídicos por cada órgão jurisdicional de cada sistema.

Nesse diapasão, um dos temas mais sensíveis da interação entre os tribunais internos e as cortes internacionais se refere ao tratamento das violações de direitos humanos praticadas durante o regime militar e a Lei nº 6.683/79, a Lei de Anistia brasileira. Percebe-se, hodiernamente, um

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221.

descompasso entre o posicionamento doméstico e internacional, o que tem trazido um questionamento bastante atual de como deve o Supremo Tribunal Federal agir em relação às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sabe-se que o tratamento democrático aos crimes perpetrados durante um regime de exceção é um tema sensível e com múltiplas possíveis soluções. Há uma forte influência do sistema político no jurídico, de modo que o conceito de licitude/ilicitude esbarra em análises políticas. Nas palavras de Bruno Galindo:

As experiências constitucionais democráticas após períodos de autoritarismo político sempre enfrentam dificuldades acerca dos problemas advindos dos anos de exceção. As graves violações de direitos humanos que normalmente têm lugar nessas experiências políticas autoritárias deixam interrogações muito fortes sobre qual deve ser o melhor rumo a adotar a partir do advento democrático, especialmente se considerarem a necessidade de fortalecimento do Estado democrático de direito e de bloqueio de possíveis retornos ao autoritarismo.

Os problemas daí decorrentes são muitos. As decisões políticas sobre como deve proceder uma eventual justiça de transição variam nas respostas que dão a eles. É preciso decidir se as graves violações de direitos humanos ocorridas no período devem ser criminalmente punidas, se o Estado é responsável também civilmente pelas violações em questão com deveres de reparação para com as vítimas, se serão estabelecidas políticas públicas de esclarecimento da verdade histórica e judicial do período e como isso será feito, e ainda, se e como devem ser realizadas reformas institucionais na direção da consolidação do regime democrático.⁷

O Brasil, desde 1998, reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso significa que, a partir dessa data, o país integrou-se plenamente ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, de modo que, ao contrário do que ocorria quando o país apenas estava adstrito às decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que não possuem caráter obrigatório, o país hodiernamente pode ser condenado por eventuais violações às normas do sistema interamericano, expresso principalmente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Há muito debate acerca da coercitividade das decisões de um tribunal internacional, todavia, para além desse debate, é certo que contraria a

⁷ GALINDO, Bruno. **Justiça de Transição na América do Sul**: Possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. in. **O Judiciário e o discurso dos Direitos Humanos**. Volume 2. Recife: Editora Universitária UFPE. 2012. p. 197-198.

racionalidade de um sistema a adesão a uma esfera jurisdicional na qual não se pretenda obedecer a suas decisões. A adequação interna a um regime jurídico internacional envolve a atuação de nossos tribunais, conforme analisa André de Carvalho Ramos:

Após a adesão brasileira a mecanismos internacionais de respeito a normas de direitos humanos, cabe, agora, compatibilizar a jurisprudência do STF sobre os diversos direitos protegidos com a posição hermenêutica dos citados órgãos internacionais. Assim, a postura do STF será plenamente condizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos assumidos pelo Brasil, superando a tradicional fase da 'ambiguidade', na qual o Brasil ratifica os tratados de direitos humanos, mas não consegue cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais.⁸

Esse debate reveste-se de especial pertinência no contexto recente, no qual o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos no tema concernente à guerrilha do Araguaia – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010 –, onde a referida Corte emitiu decisão contrária ao entendimento previamente esposado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual rejeitou as alegações dos reclamantes. Há o entendimento da Corte que o sistema judiciário brasileiro se furtou de adequar devidamente a interpretação do ordenamento interno à inteligência das normas do sistema interamericano, conforme verifica-se de trecho da referida decisão:

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o

⁸ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 850.

tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁹

Assim, verifica-se que ainda há um debate interno sobre a adequação do ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente à aplicação adequada do Poder Judiciário nacional, às normas internacionais de proteção de direitos humanos no sistema americano. É notável a evolução brasileira em não mais tratar o tema exclusivamente em bases soberanas, o que foi a tônica de certos períodos da história nacional, contudo o diálogo entre os direitos nacional/internacional ainda demonstra certas incongruências.

É certo que houve profundas mudanças no tratamento dos direitos humanos no Brasil com a redemocratização, bem como é notável a adesão e atuação do país no sistema interamericano de proteção de direitos humanos, porém ainda há diversas transições a serem feitas. Conforme a abordagem feita com o transconstitucionalismo, é necessário a formação de mecanismos de conexão entre os sistemas para assegurar sua racionalidade, porém não se pode olvidar as influências do relativismo cultural. A particularidade dessa forma de relação entre sistemas é bem analisada por Marcelo Neves ao considerar que:

Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. Não cabe, a rigor, falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente.¹⁰(grifo nosso)

Uma vez que não há uma relação hierárquica entre o ordenamento jurídico nacional e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, há que se buscar outros mecanismos para dirimir colisões entre os sistemas.

Talvez um dos mais efetivos mecanismos para evitar a existência de eventuais descompassos entre o âmbito nacional/internacional repouse nos pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses,

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 176. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

¹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 132.

además de serem consultas requeridas por Estados para aclarar temas de direitos humanos – não apenas no âmbito das normas interamericanas, mas no regime como um todo –, funcionam para demonstrar o entendimento da Corte em determinados temas.

Uma opinião expressa em um parecer revela ao Estado qual seria o posicionamento da Corte em um eventual litígio, permitindo que ele possa harmonizar sua atuação antes mesmo que eventual violação de direitos humanos ocorra e seja levada à Corte. Conforme analisa André de Carvalho Ramos:

As opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos por certo não vinculam os Estados, mas fornecem preciosa fonte de informação sobre a visão do órgão responsável, justamente por interpretar as obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados que ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica. Nasce, como já escrevi anteriormente, o fenômeno da ‘coisa julgada interpretativa’, que orienta os Estados e que deve ser acatada justamente para que se evite uma condenação futura. De fato, seria ilógico que o Brasil não cumprisse a orientação contida em uma opinião consultiva e logo depois fosse processado e condenado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito de sua jurisdição contenciosa que, como já mencionamos, o Brasil reconhece como obrigatória desde 1998.¹¹

Em face dessas análises, conclui-se que a natureza mista do regime de direitos humanos é uma realidade cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, indo além da esfera exclusivamente nacional ou internacional. A existência de um bom diálogo entre ambas as esferas, capaz de criar pontes entre esses sistemas, é imprescindível para garantir que eventuais colisões sejam evitadas e não surjam paradoxos que prejudiquem a racionalidade entre as ordens jurídicas.

O presente trabalho busca analisar a evolução brasileira no regime de direitos humanos, analisando a normatização no ordenamento interno, bem como a adesão brasileira a tratados de direitos humanos - inclusive integrando órgãos capazes de emitirem decisões condenatórias ao Estado brasileiro.

Em seguida, adentrando no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, irá analisar-se a posição da Corte Interamericana de

¹¹ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 825.

Direitos Humanos na interpretação de outros regimes de transição e eventuais leis de anistia na América, demonstrando a formação de uma possível jurisprudência da referida Corte sobre o tema.

Buscando formas de racionalização entre o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e o sistema brasileiro, será analisada a contribuição do transconstitucionalismo como forma de construção de uma racionalidade transversal capaz de aproximar os sistemas e formar mecanismos de diálogo, contrapondo a isso as dificuldades de estruturação de um diálogo racional sem a inclusão do relativismo cultural. Essas particularidades serão analisadas tomando por base o recente posicionamento da Corte no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil.

Por fim, analisando o possível descompasso entre o adensamento normativo - expresso não só na assinatura de tratados internacionais de direitos humanos, como também pelo caráter especial com que eles são internalizados no ordenamento brasileiro - e a posição jurisprudencial dos tribunais nacionais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, na referida matéria, considerar os mecanismos existentes para formação de pontes de diálogo. Será analisado a possibilidade de aplicação dos pareceres consultivos da Corte interamericana de direitos humanos como forma de construir pontes capazes de garantir a racionalidade transversal entre os sistemas.

Sabe-se da importância de uma crescente normatização de proteção dos direitos humanos, contudo muito de sua eficácia depende de sua efetiva aplicação pelos tribunais nacionais. A mudança de paradigma é essencial para que haja uma posição coerente do Brasil no regime internacional de direitos humanos, não apenas para evitar condenações de tribunais internacionais, mas principalmente para assegurar a efetiva integração brasileira ao sistema internacional e a superação de quaisquer resquícios de autoritarismo internamente.

2 EVOLUÇÃO DO REGIME NORMATIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil vivenciou de 1964 a 1985 um regime de exceção amplamente conhecido como ditadura militar. Muitos debates historiográficos permanecem acerca da natureza desse período - se o golpe de 1964 pode ser considerado uma revolução, bem como se em realidade se tratou de uma ditadura civil-militar -, porém é passível que se tratou de um período de restrição dos direitos individuais, especialmente com a edição dos chamados Atos Institucionais - notadamente o AI-5 de 1968.

A distensão do regime militar, iniciada no final da década de 70 e ampliada no decorrer da década de 80 do século XX, culminou com a redemocratização, cujo maior símbolo é a Constituição Federal de 1988, não à toa chamada de a Constituição Cidadã. A natureza da instituição e apoio popular ao regime militar, bem como a constante preocupação do mesmo em atribuir à ditadura o que a doutrina convencionou denominar uma aparência de legalidade influenciaram não apenas o período do regime de exceção, mas principalmente as medidas adotadas em seu fim.

Apesar dos intensos debates acerca dos resquícios ainda existentes do período, é inegável que há um processo contínuo de superação dos danos causados durante o regime militar brasileiro. Distintos governos adotaram diversas medidas para buscar, se não averiguar e punir violações de direitos humanos, ao menos acabar com os resquícios do regime autoritário e instituir órgãos de proteção de Direitos Humanos. Nesse sentido analisam Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly:

No Brasil, tem sido uma tarefa constante o aperfeiçoamento das instituições, levado à cabo por um conjunto de reformas que são implantadas em mais de 25 anos de governos democráticos: a extinção do Serviço Nacional de Informações (SNI); a criação do Ministério da Defesa, submetendo os comandos militares ao poder civil; a criação do Ministério Público, com missão constitucional que envolve a proteção do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a criação da Defensoria Pública da União; a criação de programas de educação em direitos humanos para as corporações de polícia promovidos pelo Ministério da Educação; a extinção dos DOI-CODI e DOPS; a revogação da lei de imprensa criada na ditadura; a extinção das divisões de segurança institucional (DSI's) ligados aos órgãos da administração pública direta e indireta; a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; as mais variadas e amplas reformas no arcabouço legislativo advindo do regime ditatorial; a criação dos tribunais

eleitorais independentes, com autonomia funcional e administrativa. Enfim, nessa seara, verifica-se um processo ininterrupto de adequação das instituições do Estado de Direito visando a não repetição, embora esse seja um processo permanente e constante. O fato é que existe inegável institucionalização da participação política e da competência política com efetiva alternância no poder de grupos políticos diferenciados, crescentes mecanismos de controle da administração pública e transparência, além de reformas significativas no sistema de Justiça. Restam reformas a serem cumpridas especialmente nas Forças Armadas e nos sistemas de Segurança Pública.¹²

Um dos principais pontos de debate é a formulação da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) que garantiu uma anistia ampla, geral e irrestrita, termo utilizado pelo governo à época, incluindo opositores do regime e funcionários que praticaram violações de direitos fundamentais, notadamente tortura.

A escolha de uma transição do regime autoritário considerada à época negociada entre os setores governistas e de oposição ao regime guarda profundas relações com as influências sociais presentes desde a instituição do golpe, bem como com as preocupações em manter uma aparência de legalidade do regime.

Com a redemocratização e a nova realidade constitucional surgida no país pós 1988, percebe-se uma crescente preocupação em enrobustecer a proteção aos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. As influências da criação da Constituição Federal de 1988 também foram essenciais para compreender as escolhas tomadas no período.

No âmbito normativo, uma das principais inovações no âmbito de proteção de direitos humanos é não somente uma maior proteção constitucional do instituto, marcada por uma previsão expressa em diversos artigos constitucionais da Carta Magna de 1988, mas principalmente a adesão aos mais diversos tratados internacionais de direitos humanos. Essa maior adesão foi acompanhada, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, da criação de um instituto normativo próprio a esses tratados, confirmando não apenas uma disposição política em superar passivos históricos, mas um reconhecimento da comunidade jurídica da pertinência do tema.

¹² ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça** in **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.223-224.

Assim, o sistema de proteção de direitos humanos no Brasil segue uma tendência contemporânea de buscar meios efetivos de integrar-se às normas de Direito Internacional. Muito do posicionamento do ordenamento jurídico nacional, por se tratar de matéria constitucional cuja proteção compete, em última análise, ao guardião maior da Constituição, é reflexo dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal na matéria. Para a compreensão do regime de proteção de direitos humanos no Brasil é essencial também a compreensão do tratamento dado ao tema por parte do Pretório Excelso.

2.1 O CONTEXTO HISTÓRICO DE REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O regime instaurado com o golpe de 1º de abril de 1964 foi, por muitos, considerado um reflexo de uma época de conflitos durante a Guerra Fria, onde grupos políticos vinculados às forças armadas em diversos países latino-americanos buscaram, por meio de um discurso de reforço da segurança nacional e combate ao comunismo, assumir o controle Estatal. Sem se desvincular de tal momento histórico, é importante notar as particularidades que envolveram o regime militar brasileiro e suas influências decorrentes. Conforme analisam Viviana Krsticevic e Beatriz Affonso:

O Golpe de Estado no Brasil perpetrado em 31 de março de 1964 pelo Exército apresentou-se publicamente como necessário para defender a nação contra o comunismo. Com suas particularidades em relação aos outros países da América Latina que sofreram ditaduras e conflitos armados no mesmo contexto, seu período de duração, por exemplo, se estendeu por longos 21 anos (entre 1964 a 1985). De forma peculiar em um primeiro momento, o golpe militar prometia de forma hipócrita a democracia, e logo nos primeiros anos foi recrudescendo, criando um marco legal fundamentado em diversas normativas de exceção assegurando o exercício do poder por meio da força.¹³

As referidas normativas de exceção foi um dos principais mecanismos do regime em manter uma chamada aparência de legalidade, essencial, inclusive, para garantir a popularidade inicial do golpe com diversos

¹³ KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. **A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil in A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.** Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.348.

setores civis, os quais apoiaram e auxiliaram a instauração do regime, corroborando a ideia de ter se tratado de um golpe civil-militar.

A popularidade inicial e o diálogo com os setores civis da sociedade, todavia, foi gradativamente sendo alterada, especialmente com a ascensão ao comando da ditadura de setores mais repressivos das forças armadas, a chamada linha-dura. Os diversos atos institucionais e atos complementares buscaram, mantendo uma aparência de legalidade, um progressivo fechamento do regime, culminando com o Ato Institucional nº 5, que, para diversos setores da historiografia especializada, marcou o início dos chamados anos de chumbo.

A distensão do regime está intimamente ligada com o enfraquecimento dos setores mais repressivos das forças armadas. A grande preocupação com a realização de uma abertura lenta, gradual e segura, conforme afirmou o presidente Ernesto Geisel à época, tinha como ponto central a forma de anistia que seria aplicada.

Assim como nos primeiros momentos da ditadura, o poder central buscou veicular uma ideia de diálogo com a sociedade, em uma anistia ampla, geral e irrestrita, negociada entre os diversos setores governistas e de oposição, para alcançar opositores do governo e funcionários que praticaram violações de direitos.

No esteio da redemocratização, em um movimento de posituação do novo perfil democrático e em sintonia com a proteção de direitos fundamentais, a criação da Constituição Federal de 1988 contribuiu para demonstrar a sintonia entre os sistemas político e jurídico, bem como confirmar a ideia de superação dos resquícios autoritários da ditadura militar. A participação de diversos setores políticos e, principalmente, a vasta gama de direitos sociais abarcados no novo texto constitucional garantiram a denominação da nova Carta Magna de a Constituição Cidadã, contribuindo para solidificar um cenário de democracia e proteção das garantias fundamentais.

2.1.1 A instituição do regime de exceção: Os Atos Institucionais

Os Atos Institucionais foram decretos emitidos durante os anos após o golpe militar de 1964 no Brasil. Serviram como mecanismos de

legitimação e legalização das ações políticas dos militares, estabelecendo para eles próprios diversos poderes extraconstitucionais, mas sob uma ideia de legitimação jurídica. Em realidade, os Atos Institucionais eram um mecanismo para manter na legalidade o regime militar, o que era essencial para legitimar o golpe.

Entre 1964 e 1969 foram decretados 17 atos institucionais regulamentados por 104 atos complementares, os quais o governo divulgou que tinham por objetivo combater a corrupção e a subversão. Analisando os principais atos institucionais e seus efeitos encontramos:

1. Ato Institucional nº 1 (AI-1) - 1964 - 1966

- Poder de alterar constituição;
- Cassar mandatos legislativos - suspensão de direitos por 10 anos;
- Colocar em disponibilidade ou aposentar compulsoriamente qualquer pessoa que tivesse atentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública.
- Eleições indiretas para presidência da República (até 1966)

2. Ato Institucional nº 2 (AI-2) - 1965

- Eleição indireta para presidente;
- Dissolveu partidos políticos;
- Aumento do número de ministro do STF;
- Reabre punição aos adversários do regime;
- Presidente pode decretar Estado de sítio por 180 dias sem consultar Congresso;
- Presidente pode intervir nos estados, decretar o recesso no Congresso, demitir funcionários por incompatibilidade com o regime e baixar decretos-lei e atos complementares sobre assuntos de segurança nacional.

O Ato Complementar (AC) nº 1: também em 27 de outubro, estabeleceu as sanções a serem estabelecidas contra as pessoas com direitos políticos cassados que se manifestassem politicamente, o que passou a ser qualificado como crime.

O Ato Complementar (AC) nº 4: a nova legislação partidária, fixando os dois partidos políticos que poderiam existir: Aliança Renovadora Nacional (Arena) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

3. Ato Institucional nº 3 (AI-3) - 1966

- Eleições indiretas para governador e vice;
- Prefeitos das capitais indicados por governadores com aprovação das assembleias legislativas;
- ARENA - 17 governadores; MDB se abstém de votar para presidente em protesto.

O Ato Complementar (AC) nº 24: estabelecendo recesso parlamentar até 22 de novembro. Em 15 de novembro foram feitas as eleições legislativas, ficando a Arena com 277 cadeiras contra 132 do (MDB).

4. Ato Institucional nº 4 (AI-4) - 1966

- Congresso Nacional vota e outorga Constituição de 1967, Projeto de Constituição, que revogaria definitivamente a Constituição de 1946.

5. Ato Institucional nº 5 (AI-5) - 1968

- Congresso não quebra imunidade parlamentar de Márcio Moreira Alves e não se instala processo criminal;
- Cassar mandatos;
- Intervenção Estatal e municipal;
- Suspensão de direitos políticos;
- Suspensão do *Habeas Corpus* contra crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Um dos pontos principais do AI-5 foi que este, desde seu preâmbulo, apontava para uma maior repressão do regime, especialmente na confirmação dos mecanismos institucionais de combate à subversão e às ideologias contrárias. A repressão organizada pelo poder central tornou-se ainda mais clara ao prever em seu artigo 11 que “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”¹⁴

Desse modo, excluiu-se do Judiciário a observação e julgamento de diversos atos do Executivo, que, nos anos seguintes, perseguiu diversos indivíduos considerados subversivos e nocivos ao interesse nacional. O sistema político, baseado notadamente na noção de segurança nacional,

¹⁴ Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm

sobrepôs-se ao sistema jurídico, de modo que houve "uma expansão da esfera política em prejuízo do desenvolvimento autônomo da racionalidade jurídica."¹⁵

Observa-se que há uma progressiva repressão decorrente dos atos institucionais, o que contribuiu para uma deslegitimação da aparência de legalidade atribuída no início do regime. Instituiu-se paradoxo entre um regime que se dizia uma autêntica ordem democrática e seus atos de repressão e privação de direitos fundamentais. A questão de como tratar os atos praticados durante essa repressão foi um dos principais debates com o processo de redemocratização, notadamente nas decisões a serem tomadas em matéria de anistia.

2.1.2 Redemocratização: Lei de Anistia e escolhas no tratamento do regime de exceção

O fim dos chamados anos de chumbo marcou uma progressiva distensão da repressão praticada pela ditadura militar. Com a ascensão de Ernesto Geisel à Presidência da República e a retomada de debates nos setores governistas acerca da redemocratização, surgiu a questão do tratamento a ser dado aos crimes praticados durante o período.

Havia uma grande preocupação nas forças armadas com o tratamento que seria dado aos militares após a abertura, influenciada pela observância dos eventos ocorridos no contexto regional latino-americano aos governos militares que saíram do poder. A decisão do poder central foi da execução de um projeto de redemocratização lento, gradual e seguro¹⁶. Para isso, era essencial que não apenas houvesse o retorno de indivíduos expurgados pelo regime, mas principalmente uma formulação legal que evitasse eventuais julgamentos dos funcionários do governo que praticaram violações de direitos fundamentais.

Assim, buscou-se uma gradual reaproximação dos setores civis, com atos como o fim do AI-5 e o enfraquecimento dentro do governo de setores mais repressivos. Houve a organização de grupos no Brasil e no exterior, em meio aos exilados políticos do regime, para debater a realização

¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 81.

¹⁶ Expressão atribuída ao presidente Ernesto Beckmann Geisel durante seu discurso de posse da Presidência da República em 15/03/1974.

da anistia. Havia uma preocupação entre esses grupos em garantir que fosse realizada uma anistia ampla, geral e irrestrita a todos os brasileiros exilados no período da repressão política.

A chamada Lei de Anistia, apesar de amplamente negociada durante o governo Geisel, veio com o governo de João Baptista de Oliveira Figueiredo. O governo decidiu por alterar a interpretação da noção de ampla, geral e irrestrita, de modo a conter também os indivíduos vinculados ao poder público, buscando assim proteger-se de eventuais julgamentos futuros. Nos termos da Lei 6.683/79:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.¹⁷

O contexto de redemocratização controlada pelos setores governistas em um processo gradual - marcado por pressões de ambos os lados, opositores e a linha-dura - garantiu que a Lei de Anistia fosse aceita e o poder central do regime militar garantisse que, em meio ao apoio popular com o retorno de indivíduos exilados e perseguidos, fosse obtida uma garantia de proteção dos governistas contra futuras investigações. Na análise de Leigh Payne, Paulo Abrão e Marcelo Torely:

A Lei de Anistia propiciou ao regime autoritário em decadência um mecanismo para desvincular-se do poder, ao mesmo tempo controlando o processo de transição e garantindo proteção contra um possível julgamento por violações de direitos humanos. Além disso, não inviabilizou a volta destes ao poder por outras vias (democráticas, inclusive). Tal fato torna a anistia brasileira essencialmente diferente de outras, como a da Argentina, que – mesmo antes de ter sua validade erodida – já era combinada com uma completa exclusão de todos os agentes políticos do antigo regime da cena pública.¹⁸

¹⁷ Lei Nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm

¹⁸ PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELY, Marcelo D.. **A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro** in **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.28

Desse modo, buscou-se garantir juridicamente uma noção de questão encerrada no período de repressão e violação de direitos humanos praticados durante a ditadura militar. Todavia, a mera positivação de uma lei, mesmo que considerada válida quando da sua promulgação, não é condição suficiente para afastar futuros debates sobre o tema. Um sistema jurídico racional envolve a existência de normas condizentes com o ordenamento como um todo, o que afasta a validade de normas não condizentes com princípios e fundamentos do sistema.

Sabe-se que há influências de sistemas diversos dentro do sistema jurídico, o que não necessariamente desvirtua o mesmo. Porém, durante regimes de exceção, é sabida a influência da política nas diversas esferas estatais, o que pode prejudicar a racionalidade transversal entre política e direito. Essa situação fica patente quando há um debate entre iniciativas de proteção de direitos humanos e interesses políticos do poder dominante. Como aponta Marcelo Neves:

Por fim, as assimetrias das formas de direito conduzem à repressão das frágeis formas jurídicas do direito ambiental, do direito social e dos direitos humanos, permanentemente reprimidas pelas fortes formas de direito do contrato, da propriedade, do mercado e do poder.¹⁹

Assim, o interesse político do poder dominante foi essencial para a formulação da Lei de Anistia, levando a uma contaminação de conceitos do sistema político, calcado no poder, no sistema jurídico. A assimetria é facilmente observada considerando-se que, mesmo num período de distensão do regime, o país ainda estava imerso em um regime de exceção, onde não só a influência política era definidora de diversos outros sistemas, como a própria cultura jurídica havia sido moldada no decorrer de anos a não questionar o poder central.

Apesar da formulação de uma anistia ampla, geral e irrestrita no Brasil ter sido considerada à época a melhor solução para resolver as questões sociais decorrentes da redemocratização e evitar um conflito futuro na sociedade brasileira - tese que ainda hodiernamente é amplamente apoiada por setores da sociedade e mais altas cortes nacionais -, ela não foi imune a diversas críticas.

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 286.

Não apenas durante o período de sua formulação, mas principalmente com o fortalecimento nacional e internacional de ideias de proteção dos direitos humanos e reparação de vítimas de regimes de exceção, a Lei de Anistia foi duramente criticada. Doutrinadores e juristas aventaram a nocividade de uma norma que buscasse impedir a investigação e julgamento violações praticadas em períodos ditatoriais.

Não apenas a necessidade de punir violadores, mas também a importância de averiguar e compreender os atos praticados durante o período foram apontadas como fases essenciais para a restauração de uma ordem democrática plena e reparação das vítimas. Assim analisa Henry Steiner ao discorrer que:

Muitos dos princípios nos quais o Direito Internacional dos Direitos Humanos está baseado relacionam-se à necessidade de assegurar que não apenas as violações cessem, mas que a justiça seja feita em relação a ambos, vítima e perpetradores. Estes princípios incluem o direito a um remédio, à responsabilização, à punição dos autores e ao pagamento de uma indenização apropriada, bem como a medidas que facilitem a reabilitação da vítima.²⁰(grifo nosso)

Também esse entendimento é esposado por organizações internacionais especializadas em analisar violações de direitos humanos e medidas reparatórias a vítimas de violações desses direitos. A averiguação e a punição são fases importantes na demonstração do Estado perante sua população e comunidade internacional de superação dos resquícios ditatoriais ainda existentes. Conforme afirma o Relator Especial para as Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias da Organização das Nações Unidas:

688. Os governos estão obrigados sob as leis internacionais a conduzir investigações exaustivas e imparciais sobre violações ao direito à vida, a identificar, trazer à justiça e punir seus perpetradores, a garantir a compensação às vítimas ou suas famílias e a tomar medidas efetivas para evitar futuras recorrências de tais violações. Os primeiros dois componentes dessa obrigação quádrupla constituem em si mesmos o mais efetivo impedimento para a prevenção de violações de direitos humanos. Inversamente, se perpetradores podem ter a certeza que eles não serão responsabilizados, tais violações têm maior probabilidade de continuar sem diminuição. O reconhecimento do dever de compensar as vítimas de violações de direitos humanos e a efetiva garantia de compensação para elas pressupõe o reconhecimento pelo governo de sua obrigação em garantir a efetiva proteção contra abusos de direitos humanos sob o

²⁰ STEINER, Henry. **Criminal responsibility for human rights violation**. Material do Curso International Law and Human Rights. - Havard Law School, spring, 1994.

princípio do respeito aos direitos fundamentais e às liberdades de qualquer pessoa.²¹ (Tradução nossa)

Portanto, mesmo com a aprovação e aplicação da Lei de Anistia quando da sua promulgação, muito seguiu se debatendo acerca não apenas de sua efetividade no contexto de redemocratização, mas mesmo de sua validade jurídica perante o ordenamento jurídico nacional. Muito desse ordenamento sofreu grandes alterações durante esse período, sendo o marco maior dessas mudanças a formulação da Constituição Federal de 1988, a qual buscou inaugurar um novo regime democrático em que abandonasse os resquícios ditatoriais.

2.1.3 A Constituição Federal de 1988 como marco jurídico de proteção dos direitos fundamentais

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização iniciado na década de 70 do século XX. Com o fim dos atos adicionais e a saída dos militares do governo, a criação de uma carta magna que garantisse os direitos fundamentais era uma etapa essencial para a consolidação da democracia. Nas palavras de Guillermo O'Donnell:

É útil conceber o processo de democratização como processo que implica em duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático.²²

²¹ **Report of the Special Rapporteur on Extra Judicial, Summary or Arbitrary Executions.** UN Doc. E/CN.4/1994/7. p. 157. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/09/PDF/G9385809.pdf?OpenElement>. No original: 688. Governments are obliged under international law to carry out exhaustive and impartial investigations into allegations of violations of the right to life, to identify, bring to justice and punish their perpetrators, to grant compensation to the victims or their families, and to take effective measures to avoid future recurrence of such violations. The first two components of this fourfold obligation constitute in themselves the most effective deterrent for the prevention of human rights violations. Conversely, if perpetrators may be certain that they will not be held responsible, such violations are most likely to continue unabated. The recognition of the duty to compensate victims of human rights violations, and the actual granting of compensation to them, presupposes the recognition by the Government of its obligation to ensure effective protection against human rights abuses on the basis of the respect for the fundamental rights and freedoms of every person.

²² O'DONNELL, Guillermo. **Transitions, continuities, and paradoxes** in MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo e VALENZUELA, J. Samuel (orgs.) **Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective**. Notre Dame: University of Notre Dame press, 1992. p. 18.

A criação da Constituição Federal de 1988 foi um marco para simbolizar a efetiva vigência do regime democrático no sistema jurídico. Esse processo não se restringiu ao âmbito nacional, uma vez que a formação de um constitucionalismo voltado para a proteção dos direitos humanos é um processo em curso há décadas no mundo ocidental. Conforme aponta Flávia Piovesan:

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.²³(grifo nosso)

Assim, a Lei Maior de 1988 buscou assegurar um maior âmbito de garantias dentro do ordenamento jurídico pátrio. A nova Carta foi, segundo as palavras do seu presidente, Ulysses Guimarães, a Constituição Cidadã, porque garantia diversos direitos fundamentais cassados durante o regime militar. Nesse contexto, há uma ampliação de direitos civis, políticos e sociais.

Diversos exemplos dessa ampliação podem ser apontados, como o retorno do *habeas corpus* e a criação do *habeas data*. Na esfera social, a incorporação de elementos da legislação trabalhista como norma constitucional garantiu uma maior proteção aos trabalhadores. Também a inclusão de normas constitucionais que abarcassem comunidades específicas, como indígenas, com a demarcação de reservas; ou os quilombolas, com a definição de conceitos como terra ocupada e propriedade coletiva.

Também o retorno de muito da autonomia do Poder Judiciário, bem como a criação do Ministério Público, responsável pela atuação na defesa dos direitos humanos e do cidadão, todos esses fatores foram essenciais no contexto de redemocratização. Não apenas o retorno de antigas garantias e o surgimento de novas, mas principalmente o fortalecimento de mecanismos de

²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

cumprimento delas apontou para a transição do regime autoritário para uma nova realidade democrática.

Ainda assim, as influências sociais e políticas do período anterior não podem ser ignoradas no contexto de redemocratização, especialmente no caso brasileiro, em que o setor governista ditatorial conseguiu executar seu projeto de regime de transição. A tônica moderada de um processo lento, gradual e seguro em certa medida permaneceu na constituinte, onde a influência do Centro Democrático, denominado Centrão, apoiado pelo Poder Executivo e representando segmentos conservadores da sociedade brasileira, foi decisiva nos trabalhos da constituinte.

Desse modo, a constituição, como fenômeno jurídico e político, não escapa à tônica do discurso político de sua época. Exaurido o poder constituinte originário, iniciou-se uma nova realidade no ordenamento jurídico pátrio, realidade essa que deu prosseguimento a um projeto de maiores garantias sociais, notadamente na matéria de direitos humanos. O sistema jurídico fruto da Constituição Federal de 1988, que se perpetua hodiernamente, trouxe grandes inovações e adequações nessa matéria, refletindo a mudança social do Estado brasileiro.

2.2 EVOLUÇÃO NORMATIVA NO TRATAMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A Carta Magna de 1988 pode ser considerado o marco inicial da nova tônica do ordenamento jurídico brasileiro no tratamento da proteção dos direitos humanos, marco esse que foi seguido de diversas outras normas sobre essa matéria, confirmando que as alterações no sistema jurídico acompanhavam uma tendência social em curso. O adensamento normativo, especialmente a nível constitucional, por meio de emendas constitucionais, foi seguido por uma maior disposição em aderir a tratados internacionais de direitos humanos.

A própria hierarquia desses tratados foi alterada, seguindo a tendência de outros ordenamentos jurídicos estatais, o que confirmou a disposição nacional em fomentar um sistema jurídico garantidor dos direitos humanos. A maior abertura ao sistema internacional contribuiu, inclusive, para

uma maior disposição do país em aderir à jurisdição de cortes internacionais, inclusive tribunais específicos em matéria de direitos humanos.

O adensamento normativo foi acompanhado também de uma maior atenção da sociedade jurídica para a proteção dos direitos humanos. A atuação de órgãos voltados para a preservação de tais direitos, notadamente o Ministério Público, foi acompanhada de uma crescente participação de Organizações não Governamentais e de indivíduos preocupados com a questão dos direitos humanos.

Esse processo está em sintonia com a crescente valorização da participação do indivíduo nos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, onde, cada vez mais, é possível a atuação direta do indivíduo perante instâncias internacionais contra os Estados. Com efeito, é possível analisar que há uma tendência em colocar o indivíduo como centro dos debates acerca dos direitos humanos. Conforme analisa Cançado Trindade:

(...)desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno.²⁴

A preocupação com a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo, nacional ou internacional, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que buscou sintonizar-se com as mais recentes tendências internacionais. Assim, observando trecho de voto do ministro Celso de Mello, verifica-se:

Com efeito, os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das

²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. no limiar do século XXI** in A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. Texas: IIDH : Friedrich-Naumann-Stiftung, 1992. p. 317-318.

proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.²⁵

Destarte, é possível analisar a existência de um maior diálogo entre as esferas nacional e internacional no tratamento constitucional dos direitos humanos, o que é essencial para a formação de um intercâmbio efetivo entre o sistema doméstico e internacional. Ainda assim, é necessário analisar também como funciona a aplicação desse novo arcabouço normativo.

2.2.1 A inclusão na Constituição Federal de normas de proteção de direitos humanos

A Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, buscou garantir direitos fundamentais aos indivíduos. É possível identificar-se, especificamente em se tratando da utilização do direito internacional para a promoção dos direitos humanos, não só uma preocupação do constituinte originário, como também emendas constitucionais destinadas à garantia desses direitos.

O novo contexto constitucional consagrou a proteção dos direitos humanos como uma matéria não exclusiva ao âmbito doméstico, recorrentemente dialogando com instâncias internacionais. Nesse sentido, pode-se apontar alguns artigos de premente relevância:

- **Art. 4º, II** - Traz a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que rege as relações internacionais brasileiras;
- **Art. 5º, §3º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004)** - Cria a possibilidade de inclusão de tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade. Ressalte-se que, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o STF reconheceu o status de supralegalidade dos demais tratados de direitos humanos não integrados ao bloco de constitucionalidade;
- **Art. 5º, §4º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004)** - Apesar de não ser, *strictu sensu*, uma norma de direitos humanos,

²⁵ HC 90.450 / MG. Voto do Ministro Relator Celso de Mello. p. 365-366. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>

submete o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, o qual, atualmente, julga algumas das principais violações de direitos humanos;

- **Art. 109, §5º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004)** - Cria o incidente de deslocamento de competência, o qual busca assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos;

- **Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias** - Insta pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, o que acabou se efetivando com a adesão a tribunais específicos nesse tema.

Esses artigos comprovam que, para além de apenas um discurso político retórico, o Brasil de fato se empenhou em garantir a prevalência dos acordos internacionais de direitos humanos, inclusive dotando-os de hierarquia especial no ordenamento jurídico. A importância disso se torna ainda maior na medida em que se identifica que, principalmente a partir da década de 90 do século passado, o Brasil vem, cada vez mais, aderindo a tratados de direitos humanos, o que só fortalece seu sistema de proteção.

Não apenas incluir normas derivadas do direito internacional no ordenamento jurídico pátrio, mas também alterar a hierarquia legal delas foi uma das grandes inovações no tratamento dos direitos humanos. A Emenda Constitucional 45/2004, ao incluir tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade, trouxe novas perspectivas e indicações acerca da conformação jurídico-constitucional do ordenamento brasileiro.

Conceber status de emenda constitucional para determinados tratados de direitos humanos revelou, dentre outras características, dois avanços inquestionáveis no constitucionalismo brasileiro. Inicialmente, demonstrou a abertura da Constituição Federal brasileira ao direito internacional, o que indica a filiação do Estado constitucional brasileiro aos postulados desenvolvidos pela doutrina internacional no que se refere ao Estado Constitucional Cooperativo²⁶.

Mais que isso, a inclusão de tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade foi forte sinal indicativo do compromisso do Estado

²⁶ Para maiores informações acerca do Estado Constitucional Cooperativo ver: Häberle, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Editora Renovar.

brasileiro de observar internamente princípios internacionais. No caso, trata-se de um princípio cuja relevância foi percebida pelo constituinte originário, que o consagrou expressamente no art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

É possível defender ainda que a inclusão no bloco de constitucionalidade de tratados de direitos humanos, internalizados conforme o art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, trouxe reflexos sensíveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Uma vez que o Pretório Excelso, além de guardião da constituição, é muitas vezes a instância final de julgamento em matérias que envolvam direitos humanos, não há dúvidas que a análise dos tratados de direitos humanos internalizados é essencial para a formação da jurisprudência da Egrégia Corte.

Por fim, analisando a decisão do Recurso Especial nº 466.343/SP, é importante considerar a decisão do STF em pacificar qual o tratamento para os tratados de direitos humanos não incluídos no bloco de constitucionalidade. A definição deles na esfera supralegal serviu para confirmar sua hierarquia superior perante as demais normas infraconstitucionais, coadunando-se com a ideia de valorização dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Conforme o entendimento esposado pela egrégia corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário:

O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.²⁷

É interessante analisar também o entendimento esposado no voto do ministro Celso de Mello, que, apesar de não acolhido pelo STF, apontou para a necessidade de tratamento constitucional dos referidos tratados. Conforme afirma em trecho de seu voto:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos (...)²⁸

²⁷ RE 466.343/SP. Confirmação de voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 1314. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

²⁸ RE 466.343/SP. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 1237. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

Mesmo não tendo a supramencionada posição sido acolhida na decisão, o voto do egrégio Ministro faz menção a uma vasta doutrina que defende tal posicionamento, demonstrando a sintonia do Supremo Tribunal Federal com questões doutrinárias bastante atuais.

A decisão do RE nº 466.343/SP é um excelente indicativo de uma maior preocupação do Supremo Tribunal Federal com questões de direito internacional e o tratamento de outros ordenamentos jurídicos em matéria de direitos humanos. Diversos trechos da decisão fazem menção direta a normas e doutrinas internacionais, bem como o posicionamento de outras cortes constitucionais em outros países. Não resta dúvida que o tratamento da matéria de direitos humanos está intimamente atrelado à esfera internacional, o que aponta para a relevância cada vez maior da análise dos tratados internacionais.

2.2.2 Tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil aderiu pós redemocratização

A década de 90 do século passado observou uma proliferação não apenas de acordos internacionais de proteção aos direitos humanos, mas também uma maior preocupação dos Estados em aderir a pactos e tratados já existentes. Nesse sentido, na América Latina, com a onda de redemocratização da região, diversos países passaram não só a integrar regimes específicos de direitos humanos, como também a assumir posições protagonistas.

Houve uma crescente preocupação dos países recém-saídos de regimes de exceção em demonstrar, perante a sociedade internacional, a superação dos resquícios autoritários. A aproximação de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos foi a tônica de diversos governos latino-americanos após suas redemocratizações. Nessa esteira, o Brasil aderiu a diversos tratados, entre eles podendo ser mencionados:

- **Pacto de Direito Civil e Políticos e Pacto de Direito Sociais, econômicos e culturais** (ambos aderidos em 1992) - Ambos os pactos contam com Comitês específicos de monitoramento, nos quais o Brasil coopera com o envio de relatórios;

- **Pacto de São José da Costa Rica** (1992) (Brasil aceita a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998) - Principal acordo regional de proteção dos direitos humanos;
- **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (1994) e **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial** (1968) - Desde 2002, o Brasil aderiu ao protocolo facultativo dessas Convenções, autorizando seus Comitês a receber petições de vítimas de violações de direitos por eles protegidos;
- **Estatuto de Roma** (2002) - Reconhece, sem reservas, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, permitindo o julgamento contra crimes graves contra os direitos humanos;
- **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** (2008) - Marco normativo, por se tratar do primeiro tratado de direitos humanos aprovado com equivalência a Emenda Constitucional.

Esses são alguns exemplos da disposição brasileira em aderir a regimes internacionais de direitos humanos. É importante notar que, independentemente do partido ou coligação política à frente do governo, há um esforço contínuo de cooperação internacional para promoção desses direitos, o que demonstra o amadurecimento do posicionamento nacional.

Além disso, é notável analisar o número de adesões brasileira a tratados que preveem mecanismos para monitoramento e mesmo julgamento do Brasil em matéria de direitos humanos. A importância de integrar iniciativas dessa ordem é patente, uma vez que se assegura que os tratados não se limitarão a meras normas programáticas sem eficácia real - como já foi a tônica em outros períodos. A possibilidade de investigação e mesmo condenação internacional impõe uma relevância bem maior aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Como analisa André de Carvalho Ramos:

Assim, ao mesmo tempo em que se prestigia o Direito Internacional dos Direitos Humanos, alçando os tratados internacionais a um estatuto supralegal (Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes) ou mesmo constitucional (Carlos Velloso e agora Celso Mello), deve ser iniciada, também, a valorização das deliberações dos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que podem condenar o Brasil por violação de direitos humanos.²⁹

²⁹ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos**

No contexto regional, o Brasil se integra ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos - um dos três grandes sistemas regionais de proteção de direitos humanos, ao lado do europeu e do africano. A adesão ao Pacto de São José da Costa Rica em 1992 e a posterior adesão à jurisdição da Corte Interamericana em 1998 foram notáveis avanços para o fortalecimento da promoção dos direitos humanos no país.

Nesse cenário, é particularmente importante a análise da interação brasileira com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por diversos fatores. Inicialmente, ela tem o condão de emitir decisões condenatórias aos Estados que, como o Brasil, reconhecem sua jurisdição. Não só isso, mas a Corte pode julgar, como de fato julgou, eventuais violações a direitos humanos perpetradas durante o período do regime militar.

Em verdade, verifica-se que, nas últimas décadas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem atuado perante diversos países que experimentaram regimes de exceção nas Américas. Tais julgados, muito além de importarem apenas aos Estados diretamente envolvido, são verdadeiras fontes jurisprudenciais para compreender a atuação da Corte Interamericana na interpretação dos atos praticados em regimes de exceção e eventuais leis de anistia.

Internamente, a questão acerca da Lei de Anistia, bem como diversas outras referentes a direitos humanos, foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal. É patente a importância do entendimento acerca da posição do STF acerca da Lei de Anistia, não apenas por questões internas, mas também por serem suas decisões - conforme define o procedimento da Corte Interamericana, que será posteriormente analisado - aquelas contra as quais se contrapõe à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na referida matéria define muito da interpretação brasileira sobre tratados internacionais e direitos humanos.

2.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES DE DIREITOS HUMANOS: PARADIGMAS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Há, inequivocamente, uma progressiva preocupação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos humanos, em sintonia com o atual posicionamento do direito internacional. Para além de um levantamento jurisprudencial do volume de julgados em que o STF trata de matéria de direitos humanos com aplicação do direito internacional - que não é objetivo do presente trabalho -, diversos fatos apontam para essa maior preocupação.

Não apenas a presença nas últimas décadas de ministros que se destacaram doutrinariamente por serem especialistas em direito internacional - a exemplo de Francisco Rezek que figurou como ministro da Corte Internacional de Justiça - e que recorrentemente fazem menção a uma doutrina bastante progressista em matéria de promoção dos direitos humanos - a exemplo de Celso Mello, que já manifestou reconhecer o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme anteriormente mencionado -, como também interpretações como a esposada no julgamento do RE 466.343/SP corroboraram o status especial dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio.

Assim, é possível considerar que a mencionada renovação de credenciais alcançou também o STF em matéria de direitos humanos, na qual, não raro, a corte reconhece a prevalência dos tratados internacionais. Nesse sentido, conforme aponta Marcelo Neves:

No caso brasileiro, não só a referência ao direito estrangeiro em matéria de direitos humanos é marcante. Nos termos de um transconstitucionalismo pluridimensional, as referências às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais são usuais. (...). Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos.³⁰

Todavia, é notável analisar que ainda há a manutenção de paradigmas anteriores para certas matérias de direitos humanos, contrapondo-se à jurisprudência de tribunais internacionais - notadamente a da Corte

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 263.

Interamericana de Direitos Humanos - sobre as interpretações acerca das Leis de Anistia dos países da América latina.

A manutenção de uma interpretação da Lei de Anistia brasileira irrestrita, abarcando violadores de direitos humanos, foi um dos principais motivos recentes de atrito entre o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema interamericano de direitos humanos, de onde analisa-se que o posicionamento do STF na matéria é essencial para compreender tal contexto.

Uma das mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da Lei de Anistia foi proferido quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Em tal julgamento, o tribunal, ao analisar a aplicação da referida lei em matéria de crimes comuns conexos aos crimes políticos, bem como a amplitude de tais conceitos, analisou também a vigência da Lei de Anistia e os motivos para sua manutenção no ordenamento jurídico nacional.

Dada sua importância, cabe analisar o voto do ministro relator e o teor da referida decisão. Ressalte-se que referido acórdão foi proferido em período bastante próximo à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que também tratou da aplicação da referida Lei de Anistia, a sentença do Caso Gomes Lund e Outros, a qual será aprofundada em tópico próprio.

2.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF e a importância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei de Anistia

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental é um mecanismo para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental praticado pelo Poder Público, cabendo para solucionar controvérsia sobre leis editadas anteriormente à Constituição Federal. Nos termos da Lei 9.882/99, que dispõe acerca da arguição:

Art.1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;³¹

Proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, é um dos principais instrumentos para analisar a validade de uma norma editada antes do início da vigência da atual Constituição Federal, fazendo parte dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Uma das características dessa ação é a existência de um rol taxativo de legitimados para proposição da arguição. Conforme exposto no Art. 2º, I, da Lei 9.882/99, apenas os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade - ADI - podem propor a ADPF, o que a torna uma ação não cabível a qualquer indivíduo.

Nesse diapasão, verifica-se que mesmo que haja uma grande controvérsia acerca da constitucionalidade de uma norma anterior à Constituição Federal de 1988, tal questão apenas pode ser levada à apreciação do STF por meio de tal mecanismo caso seja proposta por um membro desse rol taxativo de legitimados. Assim, mesmo indivíduos que tiveram seus direitos fundamentais cerceados por normas anteriores à atual Constituição Federal não podem discutir a constitucionalidade de tais normas por essa via.

No presente estudo, a importância dessa ação é premente para discutir a análise da Lei de Anistia, que, conforme abordado anteriormente, influenciou profundamente a aplicação de diversas normas de direitos humanos no contexto da redemocratização. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma ampliação na proteção dos direitos humanos, muito se discutiu acerca da possibilidade de coexistência dos efeitos da Lei de Anistia com a nova realidade constitucional de proteção de direitos humanos e qual seria o posicionamento do STF sobre o tema.

Tal debate foi levado ao tribunal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da ADPF nº 153/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dois pontos principais foram questionados na ação. Inicialmente a definição ampla de "crimes conexos" presente da Lei de Anistia, que permitiu que diversos crimes comuns fossem anistiados juntamente com os crimes políticos.

³¹ Lei Nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm

Posteriormente, a não recepção da Lei nº 6.839/79 pela Constituição de 1988. Dada a importância da manifestação do STF acerca da recepção da Lei de Anistia no atual sistema constitucional brasileiro e sua influência no sistema regional de direitos humanos, será dado maior destaque a análise do segundo ponto analisado na ADPF 153/DF.

Antes de adentrar na decisão dos ministros do STF, é importante considerar brevemente as análises feitas na peça inicial. Sustentou o Conselho Federal da OAB que a Lei nº 6.839/79, ao garantir a anistia de diversos agentes que praticaram violações de direitos humanos, estaria em ampla dissonância com vários preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Assim, as atuais garantias constitucionais não permitiriam a manutenção da aplicação de uma norma que não apenas protegeu violadores de direitos humanos à época de sua edição, mas permanece impedindo a investigação e punição de tais violações. Considerou que a questão vai além da ideia de anistia ampla, geral e irrestrita acordada à época da edição da Lei de Anistia, sendo não apenas um debate acerca do dever de reparação do Estado aos indivíduos vitimados durante o período ditatorial, mas uma medida para evitar a perpetuação de impunidades. Assim, afirmou o Conselho Federal da OAB, conforme expresso no relatório da ADPF 153/DF:

8. Por fim, alega que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária [Leis ns. 9.140 e 10.559] concedida às vítimas ou aos seus familiares, vez que os responsáveis por atos violentos, ou aqueles que comandaram esses atos, restariam “imunes a toda punição e até mesmo encobertos pelo anonimato”.³²

Verifica-se que a abordagem do Conselho Federal da OAB coaduna-se com diversas teses críticas ao modelo de transição praticado durante a redemocratização brasileira, principalmente pela definição bastante ampla de anistia, que privou a análise mais aprofundada de violações de direitos humanos que não tiveram qualquer motivação política e, portanto, não haveriam como ser incluídos no contexto da Lei de Anistia.

A decisão do STF acompanhou o voto do ministro relator, o ministro Eros Grau, que entendeu por julgar improcedente a arguição, tendo sido vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito, os quais deram

³² ADPF 153 / DF. Relatório do Ministro Relator Eros Grau. p. 7. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

parcial provimento à arguição. Dada a importância da opinião expressa pelo ministro relator, seu voto será analisado mais detidamente, bem como serão analisados os motivos expostos nos votos dos ministros vencidos para dar parcial provimento à ação.

Em seu voto, o ministro Eros Grau afastou as preliminares apresentadas pelos arguidos, considerando presente os elementos da ação e conhecendo da mesma. Analisando o mérito, primeiramente considerou que a noção ampla de anistia presente na Lei nº 6.839/79 não seria obscura, conforme alegado na inicial, o que teria permitido a proteção de indivíduos que não deveriam estar abrangidos na anistia. Entendeu por considerar que toda norma possui certas obscuridades em seu texto até o momento de sua interpretação, e que esta deve ser realizada considerando a realidade em que está inserida a norma, de modo a evitar uma desconformidade com a vontade do legislador.

Segundamente, analisou que o conteúdo da Lei de Anistia foi fruto de uma negociação da sociedade à época, sendo concretizada por meio do Poder Legislativo do período, de modo que não caberia ao Poder Judiciário hodierno realizar redefinir o que foi expresso na mesma. Assim, entendeu que a interpretação da Lei nº 6.683/79 não poderia ser realizada desvinculada da realidade histórica do período, em conformidade com o método histórico de interpretação, conforme entendeu que buscava o arguente. Conforme argumentou o ministro:

21. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79.³³

Nesse sentido, afirmou que a interpretação do direito tem caráter constitutivo, sendo resultado da apreciação do texto e da realidade que o circundou. Especificamente em relação à Lei de Anistia, considerou que ela seria uma lei-medida, a qual foi formulada pelo Legislativo emitindo um comando concreto que se consubstanciou em um ato administrativo na realidade histórica de sua edição, não podendo ser almejada uma interpretação baseada em contextos históricos futuros. Não poderia, portanto, a interpretação

³³ ADPF 153 / DF. Voto do Ministro Relator Eros Grau. p. 21. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

do juiz desvincular-se da realidade histórica e cultural à época da formulação da norma em questão. Nas palavras do voto do ministro relator:

39. Pois assim há de ser também com a anistia de que ora cogitamos. Aqui estamos, como nas demais anistias a que venho aludindo, diante de lei -medida. 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. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei -medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.³⁴

Por fim, concluiu afirmando que a função do Poder Judiciário é de interpretação da Lei de Anistia. Desse modo, a decisão por afastar plenamente ela envolveria um debate político e uma negociação da sociedade, o que caberia ao Poder Legislativo, responsável por sua formulação original. Nesse sentido, afirmou:

44. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.³⁵

A tese do ministro relator Eros Grau foi, em grande medida, acolhida pelos demais ministros do STF no julgamento da ADPF 153/DF. Divergiram em parte os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. O ministro Ricardo Lewandowski julgou procedente em parte a ação por considerar que a Lei nº 6.683/79 abrangeu equivocadamente crimes comuns, que não poderiam ser anistiados, em um conceito de crimes conexos a crimes políticos.

Afirmou o ministro que diversos crimes praticados por agentes do Estado durante o período militar estavam devidamente tipificados nas normas penais da época, sendo enquadrados em delitos comuns, passíveis de investigação e condenação. Dessa forma, a vindoura Lei de Anistia, por tratar da negociação entre os setores da sociedade para concessão de perdão a

³⁴ ADPF 153 / DF. Voto do Ministro Relator Eros Grau. p. 33/34. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

³⁵ ADPF 153 / DF. Voto do Ministro Relator Eros Grau. p. 38. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

crimes políticos, não poderia afastar a apreciação de crimes comuns praticados durante a ditadura, os quais não possuíam conexão com os crimes políticos.

Nas palavras do ministro:

Verifico, assim, que a atecnia, proposital ou involuntária - não importa agora - da redação do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo.

(...)

Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem-sucedido.³⁶

Decidiu, portanto, que os agentes do Estado daquela época não estariam automaticamente abrangidos pela Lei de Anistia, devendo o juiz ou tribunal, no caso concreto, realizar uma abordagem caso a caso para averiguar a seriedade do crime praticado e o possível enquadramento do mesmo como um crime político ou conexo.

Também julgou parcialmente procedente a ação o ministro Ayres Britto, mas afirmou que deveria ser afastada a aplicação da Lei nº 6.683/79 no que se refere às práticas de crimes hediondos, os quais, na interpretação do ministro, não poderiam ser considerados conexos a crimes políticos, por não possuírem, nem primariamente ou secundariamente, qualquer motivação política. Assim, argumentou o ministro em seu voto:

Essas pessoas de quem estamos a tratar - torturadores **et caterva** - desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. (...) Ele não comete nenhum crime de opinião, ele não comete nenhum crime político, já que o crime político - disse bem o Ministro Lewandowski - pressupõe um combate ilegal à estrutura jurídica do Estado, assim como à ordem social que subjaz à estrutura política desse Estado, sendo, portanto, um crime de feição político-social. O torturador não comete crime político, não comete crime de opinião, reitere-se o juízo.³⁷

Verifica-se, portanto, que ademais da posição de dois ministros ter sido no sentido do afastamento da aplicação da Lei de Anistia para agentes do Estado que praticaram certos crimes durante o período ditatorial, prevaleceu o

³⁶ ADPF 153 / DF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 110-112. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

³⁷ ADPF 153 / DF. Voto do Ministro Ayres Britto. p. 139-140. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

entendimento no STF de que o contexto histórico e social da época definiu o conteúdo da referida lei, não podendo ser relativizada hodiernamente, bem como entendeu pela impossibilidade de se afastar tal lei, devidamente aprovada pelo Legislativo da época, por meio de decisão do Judiciário.

Esse entendimento coaduna-se com a tese que vinha sendo aplicada pelo STF para eventuais processos que envolvessem o afastamento da Lei de Anistia. Ressalte-se que o tribunal não repudia a necessidade de se tomar conhecimento acerca dos fatos ocorridos durante o período ditatorial, louvando iniciativas que buscam a divulgação de informações do regime militar, porém entendem que esse argumento não tem o condão de afastar a realidade histórica ocorrida à época da edição da Lei nº 6.683/79, nem os esforços da sociedade em buscar a redemocratização.

A decisão da ADPF 153/DF foi proferida em 29/04/2010, estando ainda pendente o julgamento de embargos de declaração promovidos pelo Conselho Federal da OAB. Ainda assim, é possível observar com clareza qual o posicionamento do STF em relação à aplicação da Lei de Anistia, especialmente tendo em vista que foi uma decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, abordando extensamente os principais debates jurídicos e sociais acerca da referida lei.

O entendimento do STF no caso em tela, conforme analisado anteriormente, confirma um entendimento esposado pelo Judiciário brasileiro desde a edição da Lei nº 6.683/79 - o da transição negociada e de uma anistia ampla, geral e irrestrita.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, há uma interpretação sobre o tema que é reiteradamente aplicada, porém que ainda é tópico de debates e divergências, mesmo entre os ministros do STF. Quando a temática é levada a outros sistemas de proteção de direitos humanos, verifica-se que essas divergências se acentuam, especialmente quando considerada a interpretação dos órgãos decisórios do sistema regional americano de direitos humanos.

2.3.2 Os julgamentos do STF e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de leis de anistia

É certo que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do ordenamento jurídico brasileiro, interpretando não apenas as normas constitucionais existentes, mas a própria estrutura normativa nacional, de modo que seu entendimento não pode, em regra, ser questionado por outros órgãos, nacionais ou internacionais. Ainda assim, é possível que haja decisões proferida por tribunais internacionais que tratem de matérias semelhantes e diverjam da interpretação adotada pelo STF, como é exemplo das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A referida Lei de Anistia e a atual interpretação do STF sobre ela, conforme demonstrada no julgamento da ADPF 153/DF, é um exemplo de divergência de interpretação de ambas as Cortes. Como não se trata de uma relação hierárquica entre tribunais, conforme tradicionalmente ocorre em um ordenamento jurídico interno, a divergência deve ser sanada por meios diferentes dos habitualmente empregados na esfera nacional, analisando a relação dela com o âmbito internacional.

Inicialmente, verifica-se que o Brasil apenas aderiu à jurisdição da Corte Interamericana em 1998, ocasião em que havia se formado uma posição jurisprudencial relativamente sólida em matéria de interpretação de fatos ocorridos sob a égide da Lei de Anistia. Mais que isso, observa-se que ainda está em processo de formação o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que contribui para que, apesar de haver no Brasil um corpo normativo denso de direitos humanos, a interpretação hermenêutica das cortes eventualmente diverja.

Há também um questionamento do STF em como recepcionar e efetivar as sentenças da Corte Interamericana - as quais, ressalte-se, são sentenças de tribunal internacional, com plena eficácia perante o Brasil e que não carecem de processo de internalização. Todavia, o constitucionalismo brasileiro ainda é um tanto reticente em adotar posicionamentos internacionais em matérias tipicamente de atribuição soberana do Estado brasileiro, principalmente quando o posicionamento internacional seja discrepante da interpretação local.

Exemplo disso pode ser verificado na citada ADPF 153/DF, onde, no voto do ministro relator Eros Grau, não há menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua interpretação de leis de anistia, apesar de a mesma vir consolidando uma jurisprudência sobre o tema desde o final da década de 90 do século XX. Havia, inclusive, à época do julgamento do STF, um processo em curso na referida Corte analisando especificamente a aplicação da Lei de Anistia brasileira.

Assim, há dois órgãos jurisdicionais que, confrontados com a mesma questão, proferiram decisões bastante distintas, o que gera um atrito de complexa solução. Há o entendimento esposado por parte da doutrina internacionalista sobre a necessidade da obediência irrestrita das decisões dos tribunais internacionais, porém a solução desse conflito não está na busca de uma imposição piramidal da ordem internacional perante o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim de uma articulação benéfica que estimule a racionalidade transversal entre os sistemas. Nas palavras de Marcelo Neves:

(...)impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma "conversação" transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém arroubos ou bravatas internacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular.³⁸(grifo nosso)

Analisa também o autor que a ausência de hierarquia também se reflete na possibilidade de equívocos na interpretação constitucional por ambas as ordens jurídicas, o que prejudicaria a solução dos conflitos. Afirma o mesmo:

Esses exemplos em torno do transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais apontam para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na *ultima ratio* do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado como questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos.³⁹

Por outro lado, é certo que não faz sentido a adesão à jurisdição de uma Corte caso não haja a disposição em seguir suas decisões. Para além do debate acerca da capacidade dos tribunais internacionais imponem suas

³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 248-249.

³⁹ *Ibidem*, p. 151.

decisões, é certo que um dos critérios de validade de um sistema jurídico está na aplicação das interpretações de seus órgãos acerca das noções de lícito/ilícito. Assim, é certo que há a obrigação para o Brasil em cumprir as decisões proferidas por tribunais os quais ele tenha admitido sua jurisdição, não podendo de plano afastar tais decisões alegando normas de seu ordenamento interno. Conforme afirma Arnaldo Sussekind:

Se o respeito à soberania do Estado constitui um dos princípios basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento do aforismo *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional. Daí preceituar a convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: Art. 26 - Todo tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé e Art. 27 - Uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificativa do descumprimento de um tratado.⁴⁰

Para além de todas essas questões, é possível verificar também a influência do discurso político no posicionamento do STF. Conforme analisado, houve um grande esforço do governo brasileiro da época em tornar aceita a ideia de uma anistia generalizada e que não daria margem a futuras reinterpretções, posição essa que se perpetuou no discurso político dos demais governantes futuros.

Mesmo iniciativas como a Comissão Nacional da Verdade - instituída sob a presidência de uma presidenta vítima de perseguições durante o regime militar - constantemente esbarra nos impedimentos da Lei de Anistia. Não é de todo descabido, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, órgão que não está totalmente isento de influências políticas e elementos diversos ao Direito, reflita em certa medida o posicionamento do governo brasileiro, endossando a ideia de imutabilidade atribuída à Lei de Anistia.

As particularidades do regime de transição brasileiro, brevemente analisadas nos tópicos anteriores, influenciaram muito da hermenêutica jurídica nas últimas décadas acerca dos atos praticados durante o regime de exceção, fato que não deve ser desconsiderado quando da análise dos julgamentos sobre as violações perpetradas durante tal regime. Conforme abordado, há uma interpenetração entre política e direito, a qual se acentua na referida

⁴⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. p. 59.

matéria e influencia bastante a interpretação dada a questões de direitos humanos.

Em suma, é possível atribuir, de fato, uma mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas em matéria de interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, no sentido de superar uma posição soberanista prévia em favor de uma postura mais cooperativa com os regimes internacionais. Ainda assim, certos posicionamentos persistem com uma interpretação pretérita, em descompasso como posicionamento já reiterado de cortes de direitos humanos que o Brasil reconhece e se submete, como a Corte Interamericana.

A importância da questão para ambos os sistemas jurídicos confirma a importância da análise do tema, que não apresenta uma resposta simples, uma vez que não há de se falar de aplicação de hierarquia. Esse contexto é bem apontado por Marcelo Neves ao afirmar:

Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais freqüentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. Não cabe, a rigor, falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente.⁴¹(grifo nosso)

O presente cenário apresenta oportunidades e riscos. Oportunidades de revisão de posicionamentos não benéficos à sociedade brasileira e de adensamento do diálogo com mecanismos regionais. Há também riscos de consolidação de violações praticadas e um recrudescimento em aceitar o posicionamento das cortes internacionais, o que pode ocasionar um afastamento do âmbito regional e uma fragilização do diálogo entre o sistema doméstico e internacional.

Não há soluções simples para a questão e muito do que pode ser feito passa por uma disposição de diversos setores da administração brasileira em rever seus posicionamentos e, principalmente, por uma maior compreensão das possibilidades de interação entre os sistemas sem a imposição de um sobre o outro.

⁴¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 132.

É clara a importância do conhecimento das instituições que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não apenas por sua capacidade de proferir decisões que obriguem o Brasil, mas por haver uma possibilidade cada vez maior de suas atuações influenciarem o ordenamento jurídico nacional, não apenas na esfera de obrigatoriedade no cumprimento de suas decisões, mas também na ocorrência de diálogos intersistêmicos capazes de adensar a rede de proteção de direitos humanos.

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A proteção dos direitos humanos é realizada por diversos organismos, nacionais ou internacionais, o que permite uma maior abrangência e efetividade de sua implementação. No âmbito internacional, a matéria não se limita ao sistema global de proteção - conduzido primariamente pela Organização das Nações Unidas -, sendo complementada por sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

A existência de diversas esferas com abrangências distintas não deve ser considerada como um estímulo a conflitos, pois, ao contrário do que uma análise apressada apontaria, a multiplicidade de sistemas específicos garante a constituição de um sistema geral de proteção mais robusto. A proximidade geográfica e as similitudes culturais de uma região permitem que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos complementem de forma bastante efetiva o sistema global. Assim afirmam Christof Heyns e Frans Viljoen ao analisarem que:

Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em caso de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode conseqüentemente complementar o sistema global em diversas formas.⁴²

De forma semelhante ao que ocorre na relação entre o sistema nacional e o internacional, não há uma oposição entre o sistema internacional global e o regional. Em verdade, observa-se, cada vez mais, uma interpenetração bastante benéfica entre os âmbitos nacional, regional e global no que se refere à promoção e proteção dos direitos humanos. Não apenas a criação de normas de promoção de direitos humanos e o monitoramento de violações, mas principalmente o surgimento e a crescente abrangência dos tribunais de direitos humanos, onde, cada vez mais, há a presença dos

⁴² HEYNS, Christof, VILJOEN, Frans. **An overview of human rights protection in Africa** in South African Journal of Human Rights. v. 11, part. 3, 1999. p. 423.

indivíduos, o que tem fortalecido a implementação dos direitos humanos em diversos Estados.

O Brasil, por estar inserido no contexto regional americano, participa do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Esse sistema surgiu no âmbito da Organização dos Estados Americanos - organização internacional criada em 1948 tendo o Brasil como membro signatário originário e que hodiernamente conta com praticamente todos os Estados do continente americano -, sendo implementado principalmente com a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.

Inicialmente, quando da criação da OEA, é elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, aprovada na IX Conferência Americana em Bogotá, no contexto de pós Segunda Guerra Mundial. É notável analisar que o sistema americano previu princípios de proteção dos direitos humanos antes mesmo do contexto global, uma vez que a Declaração Americana precede a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de dezembro de 1948.

A Declaração Americana estabelece 28 direitos e 11 deveres dos cidadãos americanos. Como a maioria das Declarações Internacionais, o acordo prevê normativas as quais constituem princípios e não obrigações jurídicas para os signatários. Ainda assim, contribuiu como marco inicial e fonte principiológica que se adensaria com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Posteriormente, é elaborado o Pacto de San José da Costa Rica durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de novembro de 1969, vindo a entrar em vigor em 1978. A adesão ao Pacto de San José não abrangeu todos os membros da OEA - EUA e Canadá até hoje não são parte da Convenção - e houve diversas adesões posteriores - o Brasil a ratifica apenas em 1992 - tendo em vista o contexto regional de regimes de exceção que ocorria à época de sua elaboração.

Diferente da Declaração Americana, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos impôs deveres aos Estados. Ela reconhece a obrigação dos Estados de respeitar direitos e liberdades na Declaração e de adotar posições

de direito interno que sejam necessárias para garantir a realização desses direitos.

Elenca os direitos humanos das Américas, semelhante aos direitos universais: vida, personalidade jurídica, liberdade, integridade pessoal, proibição da escravidão e servidão, liberdade pessoal, garantias judiciais, princípio da legalidade e retroatividade dos direitos humanos, indenização, proteção da honra e dignidade, liberdade de consciência e religião, liberdade de expressão, resposta e retificação, reunião, associação, proteção à família, nome, criança, direito à nacionalidade, propriedade privada, circulação de residência, direitos políticos, igualdade perante a lei, proteção judicial, direitos econômicos, sociais e culturais⁴³.

Adicionalmente ao Pacto de San José foram elaborados dois protocolos: o Protocolo de San Salvador de 1988, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais - ao qual o Brasil aderiu em 1996 - e o Protocolo de abolição da pena de morte de 1990 - ao qual o Brasil aderiu também em 1996.

A esses Protocolos somam-se as Convenções interamericanas setoriais, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994 e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências de 1999, às quais o Brasil aderiu em momentos distintos. Houve também, em 2013, a elaboração da Convenção Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e da Convenção Contra Racismo, Discriminação Racial e Formas Relacionadas de Intolerâncias, tendo o Brasil sido signatário de ambas.

Dois órgãos foram designados para salvaguardar o Pacto de San José e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - criada desde 1959 - e a Corte Interamericana de Direitos Humanos - que iniciou seus trabalhos em 1979.

⁴³ Para maior detalhamento, ver artigos 3º ao 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Ambos os órgãos funcionam de maneira complementar, sendo a Comissão etapa preliminar para que se possa acionar a jurisdição da Corte.

Tendo surgido posteriormente, a Corte Interamericana requer que o Estado reconheça expressamente sua jurisdição. O Brasil, apesar de ter se integrado ao sistema da Corte em 2002, reconhece sua jurisdição para fatos ocorridos a partir de 1998. É importante frisar que a Corte é um órgão jurisdicional que emite sentenças, as quais possuem caráter vinculante para seus membros. A relevância da participação de um órgão jurisdicional capaz de emitir sentenças em matéria de direitos humanos é notável, conforma analisa Flávia Piovesan:

Nesse contexto, os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretaram aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território.⁴⁴(grifo nosso)

Assim, verifica-se que o Sistema Interamericano complementa o sistema global das Nações Unidas sobre direitos humanos. Nesse contexto, a atuação de seus dois órgãos é um dos principais mecanismos para garantir e fortalecer o Sistema, especialmente as decisões da Corte Interamericana, de caráter jurídico.

O Sistema Interamericano possui uma amplitude normativa de certa robustez, como é possível analisar considerando o número de pactos e convenções que o integram, de modo que, ao reconhecer a jurisdição de um tribunal internacional capaz de emitir decisões sobre essas normas, o Estado está demonstrando um compromisso claro com a promoção dos direitos humanos, não apenas com seus vizinhos no âmbito regional, mas também com os indivíduos de sua população.

3.1 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão da Organização dos Estados Americanos com sede em Washington, Estados

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

Unidos da América. Apesar de ter surgido previamente ao Pacto de San José - foi criada em 1959 -, suas competências foram definidas por esse. Diferentemente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é órgão jurisdicional, a Comissão tem função de analisar petições individuais, monitorar a situação de direitos humanos dos Estados membro da OEA e analisar casos específicos de violação de direitos humanos, emitindo apenas relatórios e recomendações, não sentenças.

A Comissão é composta de sete membros denominado comissários - indivíduos de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos -, escolhidos mediante eleições da Assembleia Geral da OEA entre nacionais de qualquer Estado-membro da organização. A permanência na função é de quatro anos, sendo possível apenas uma reeleição.

Uma das mais conhecidas funções da Comissão Interamericana é analisar petições de violações de direitos humanos, porém ela não se limita a tal atividade. A Comissão também faz estudos de cunho analítico sobre situação de direitos humanos, promove seminários e reuniões sobre o assunto junto à sociedade civil, instituições acadêmicas, dissemina os direitos humanos nas Américas. Conforme analisa Flávia Piovesan:

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submete um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.⁴⁵

Para além dessas atividades, a análise de denúncia de violações de direitos humanos e o controle dessa matéria perante os Estados partícipes da Organização dos Estados Americanos representa um dos principais mecanismos para a proteção de direitos humanos na região. A atuação da Comissão Interamericana nesse sentido não apenas permite a solução de conflitos sem aplicar um meio jurídico de solução de controvérsias, como também é etapa importante para o acionamento da Corte Interamericana de

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 335-336.

Direitos Humanos. Sobre as modalidades de controle da Comissão, Monica Pinto aponta a possibilidade de realização de:

a) o exame de petições, nas quais se alegue a violação de algum direito protegido pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, encaminhadas por indivíduos ou organizações governamentais ou não governamentais; b) a elaboração de informes sobre a situação dos direitos humanos em qualquer país do sistema interamericano, incluindo a decisão da Comissão acerca de situações que afetem gravemente a vigência desses direitos; c) a realização de investigações *in loco* em território de Estado membro, a convite deste ou com seu consentimento, que tenham por objeto investigar fatos constantes de informações ou petições.⁴⁶

Verifica-se, portanto, que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, entidade não governamental legalmente reconhecida, um Estado ou mais de um, podem apresentar petições e queixas de violação de direitos humanos perante a Comissão. Essa disposição acompanha a tendência cada vez maior na sociedade internacional de inclusão dos indivíduos na promoção dos direitos humanos - hodiernamente todos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos possuem mecanismos para garantir a legitimidade do indivíduo em denunciar violações de direitos humanos.

Conforme analisado anteriormente, a Comissão Interamericana não emite sentenças, mas elabora um relatório buscando solucionar o conflito que lhe foi apresentado. Há uma etapa de negociações com as partes envolvidas para solucionar de forma amistosa a questão, mas, caso não seja obtida uma solução negociada, a Comissão emitirá um relatório que contém conclusões acerca do caso para que o Estado em questão adote as medidas necessárias.

Não solucionado o conflito dentro do prazo inicial e permanecendo o conflito, a Comissão formulará um informe contendo conclusões e fixará um prazo para o Estado adequar sua conduta. Não havendo cooperação do Estado, ela poderá enviar o litígio para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse ponto é importante analisar que, ao contrário do que ocorria no passado, atualmente a Comissão Interamericana apenas deixará de enviar uma questão não solucionada para a Corte

⁴⁶ PINTO, Monica. **Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos de protección en el sistema interamericano** in **Derecho internacional de los derechos humanos**. Montevideo: Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados del Uruguay, 1993. p. 83.

Interamericana caso haja decisão fundada da maioria absoluta da Comissão. Nesse sentido afirma Flávia Piovesan:

Em conformidade com art. 44 do novo Regulamento da Comissão, adotado em 1º de maio de 2001, se a Comissão considerar que o Estado em questão não cumpriu as recomendações do informe aprovado nos termos do art. 50 da Convenção Americana, submeterá o caso à Corte Interamericana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. O novo Regulamento introduz, assim, a justicialização do sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha maior tônica de "juridicidade", reduzindo a seletividade política, que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana.⁴⁷

A maior celeridade e juridicidade no encaminhamento da Comissão permite analisar que há um entrelaçamento maior entre a sua atuação e a da Corte. Uma vez que o acesso à Corte Interamericana é restrito - apenas Estados que reconhecem sua jurisdição e a Comissão quando não soluciona o conflito -, é essencial que a atuação da Comissão seja efetiva e coerente com o sistema interamericano, de modo a conferir uma racionalidade ao sistema.

Não se pode afastar a importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na solução de questões de direitos humanos no continente americano. A forma com que foi constituído o Sistema Interamericano contribui para que a solução da controvérsia possa surgir antes do acionamento de uma instância jurídica internacional, sempre buscando uma solução negociada que sopesse os valores de cada parte.

Sabe-se que em matéria de direitos humanos a ponderação e a proporcionalidade são essenciais para chegar a uma solução racional e que possa ser considerada justa por todas as partes envolvidas. Muito da atuação da Comissão Interamericana baseia-se na ponderação, de modo a garantir que as partes envolvidas conheçam as demandas alheias e ajustem suas condutas em tempo hábil.

A transição da atuação da Comissão para o julgamento da Corte aproveita o que foi negociado e decidido anteriormente para chegar a uma decisão mais célere e adequada. Desse modo, baseando-se no que foi

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 341.

produzido e concluído por parte da Comissão Interamericana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foca-se na solução do litígio instaurado, vinculando os Estados envolvidos a seu julgamento.

3.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo vinculado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Criada por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte foi estabelecida e organizada quando a referida Convenção entrou em vigor, em 1979, período em que a Corte iniciou seu funcionamento. É necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte para que possa ser julgado. Com sede em San José da Costa Rica, a jurisdição da Corte, até o presente momento, é reconhecida por vinte dois dos vinte e cinco Estados-partes do Pacto de San José.

O funcionamento da Corte Interamericana foi definido por meio de seu Estatuto de 1979 e aprimorado por meio do Regulamento de novembro de 2009. Ela reúne-se seis vezes por ano, em quatro sessões ordinárias e duas sessões extraordinárias.

É composta de sete juízes eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos, sendo possível a prorrogação por uma única vez. Não deve haver dois juízes de mesma nacionalidade. Caso o mandato de um juiz acabe antes de findo um caso, ele continua a participar no mesmo até seu término. Os juízes eleitos são indivíduos de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, cuja atuação na Corte é desvinculada de seu país de origem. Hodiernamente, há um brasileiro juiz da Corte Interamericana, Roberto Caldas, eleito em 2012.

Duas são as principais funções da Corte Interamericana, a emissão de opiniões consultivas e a competência jurisdicional. Sobre as opiniões consultivas, a Corte pode manifestar-se em qualquer matéria de direitos humanos - não se limitando aos Protocolos e Pactos do Sistema Interamericano -, inclusive interpretando a conformidade da legislação interna dos Estados às normas internacionais de direitos humanos.

Assuntos referentes a tortura, desaparecimento forçado, princípio da igualdade e não-discriminação e direitos das crianças são alguns dos

exemplos temas analisados em sede de opinião consultiva pela Corte⁴⁸. A Corte analisa e julga violações e pode implantar medidas provisórias e cautelares para situações urgentes e prevenir violações.

A importância das opiniões consultivas é premente para a harmonização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conforme será mais profundamente analisado em tópico específico. Mesmo não possuindo caráter obrigatório, as opiniões demonstram o posicionamento da Corte em matéria de direitos humanos antes mesmo que surja um eventual conflito no Estado, de modo a garantir uma adequação prévia.

Apenas Estados podem requerer tais opiniões, mas a matéria a ser tratada é de enorme amplitude, englobando qualquer tema de direitos humanos que porventura possa ser de interesse de um Estado. Acrescenta Louis Henkin:

Em resposta a uma série de questões postas pelo Governo do Peru, relativamente à jurisdição consultiva da Corte, esta entendeu que tem jurisdição consultiva no que se refere a qualquer previsão atinente à proteção de direitos humanos enunciados em qualquer tratado internacional aplicável aos Estados Americanos, independentemente se bilateral ou multilateral, qualquer que seja o propósito principal do tratado, não importando se o Estado não membro do sistema interamericano tem o direito de se tornar parte dele.⁴⁹

Ademais da função consultiva, uma das principais características da Corte Interamericana é, por se tratar de um tribunal internacional, a sua competência jurisdicional. Ela pode julgar casos de violações de direitos humanos estabelecidos no Pacto de San José dos Estados da OEA que reconhecem sua competência contenciosa. Por se tratar de uma competência jurisdicional, as decisões da Corte nesse sentido são vinculantes e possuem plena eficácia perante o Estado, funcionando no Brasil como título executivo judicial.

Apenas os Estados membro do Sistema Interamericano e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem levar um caso para a atuação contenciosa da Corte Interamericana. Ao contrário do que ocorre na Comissão, a Corte não recebe petições de indivíduos, grupo de pessoas ou organizações não governamentais. O acesso desses pode vir por meio da

⁴⁸ Até o momento de término do presente trabalho, foram emitidas vinte e duas opiniões consultivas por parte da Corte Interamericana, cujo teor pode ser acessado no seguinte sítio virtual: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>

⁴⁹ HEWKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans. **International law: cases and materials**. 3 ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 670-673.

Comissão, que funciona como órgão de acesso à Corte. Ainda assim, é possível a atuação dos indivíduos, especialmente vítimas e familiares, de forma autônoma, por meio de petições, argumentos e provas referentes ao caso. Conforme exposto no artigo 25, 1, do novo Regulamento da Corte Interamericana:

Artigo 25. Participação das supostas vítimas ou seus representantes
1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.⁵⁰

Paralelamente a essa garantia, há também o Fundo de Assistência Jurídica da Corte. Esse fundo existe para facilitar o acesso das pessoas que tenham petição a fazer, mas não tem recursos para apresentar tal petição. Ele existe como mecanismo para subsidiar defesas e fortalecer o exercício da Corte.

Além disso, há também a figura do Defensor público interamericano, que pode ser uma pessoa ou grupo de pessoas. O defensor é designado em cada caso para auxiliar as supostas vítimas que não possuem representação legal.

Frise-se que, conforme analisado anteriormente, é possível a um Estado ser parte da Convenção e não reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte. Desse modo, é possível que um Estado possa acionar a Corte para que emita uma opinião consultiva mesmo que não se submeta a sua jurisdição contenciosa.

O Brasil, como membro originário da Organização dos Estados Americanos e partícipe do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, reconhece desde 1998 a jurisdição da Corte Interamericana. Assim, a partir desse período, o país integrou-se plenamente ao sistema interamericano, admitindo a atuação de ambos os órgãos existentes.

O reconhecimento da jurisdição da Corte foi um grande avanço decorrente de, conforme analisado anteriormente, um grande avanço no tratamento nacional de questões de direitos humanos, especialmente no que

⁵⁰ Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf

se refere à relativização da posição soberanista presente em décadas anteriores e à consequente adesão a regimes internacionais.

A atuação contenciosa da Corte deve ser fundar na denúncia de alguma violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos perpetrada por um Estado que reconheça sua jurisdição. Ressalte-se que um dos primeiros pontos da atuação da Corte nesse sentido trata-se da análise prévia de sua competência para atuar no contencioso, observando se os Estados envolvidos são partes legítimas, se a matéria trazida se trata de violação ao Pacto de San José e se há competência temporal da mesma para julgar a violação apresentada.

Uma vez que a Corte lida com Estados que reconheceram sua jurisdição em períodos distintos, muitas vezes admitindo que ela atuasse analisando atos anteriores à data do reconhecimento - como é o exemplo brasileiro -, bem como investiga crimes que não se esgotam na data de sua ocorrência, mas se perpetuam até o presente, a confirmação de sua competência temporal é bastante importante para legitimar sua atuação. Há, dentre a jurisprudência da Corte, muitas decisões que tratam de exceções preliminares aduzidas por Estados.

Conforme analisado, é possível que um Estado acione diretamente a Corte por alguma violação realizada por outro Estado, mas, devido à estrutura de funcionamento do Sistema Interamericano, é habitual observar que o acionamento da Corte ocorra mediante a atuação da Comissão Interamericana.

Quando a Corte Interamericana age mediante provocação da Comissão, ela aproveita as investigações feitas e o relatório emitido pela Comissão, de modo a tornar mais célere o processo. Caso a denúncia tenha partido de um Estado, ela poderá realizar investigações preliminares e buscar a explicação dos Estados envolvidos para instruir sua decisão.

Ressalte-se que o Sistema Interamericano se baseia na ideia de prévio esgotamento dos recursos internos. Isso significa que em caso de violação de direitos humanos, deve haver uma tentativa prévia de solução da questão dentro do Estado para que a matéria possa ser levada ao âmbito interamericano.

É importante notar que a noção de esgotamento dos recursos internos tem sido objeto de uma análise hermenêutica nas últimas décadas, de modo que, hodiernamente, admite-se que esse esgotamento requer que os recursos internos sejam meios hábeis a solucionar a violação, não se limitando a meios meramente protelatórios que afastem as garantias dos indivíduos. Assim, não raro a atuação da Corte Interamericana investiga a atuação dos tribunais internos na busca de solução à violação a ela apresentada. Nesse contexto, a Corte expressa em suas sentenças a relação dela com os tribunais internos, exemplo disso podendo ser observado no seguinte trecho de sua decisão perante o Estado chileno:

123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2o. da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. No entanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de cumprir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, coletado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por seus atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violações dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana

124. A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam esvaziadas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve considerar não apenas o tratado, mas também a interpretação do mesmo que tenha feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁵¹ (tradução nossa)

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile, sentença de 26 de dezembro de 2006.** p. 642,643. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/almonacid_arellano.pdf. No original: 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2o. de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce

A sentença da Corte pode concordar com a atuação adotada pelo Estado, demonstrando que foram adotados os meios adequados para fazer cumprir o Pacto de San José. Contrariamente, pode também observar ter havido uma violação ao mesmo, de modo a emitir uma sentença condenatória ao Estado.

Caso condenatória, a decisão da Corte determinará a adoção, pelo Estado agressor, de medidas que façam cessar a violação e restaurar o direito, além de poder condenar o Estado agressor ao pagamento de indenização. Existem três tipos de sentença: as exceções preliminares, conforme afirmado anteriormente, que questionam admissibilidade de uma demanda ou competência do Tribunal para conhecer determinado caso; há também a decisão de mérito julgando a ocorrência ou não de violação à Convenção Interamericana e, por fim, caso a decisão de mérito seja condenatória, a Corte poderá emitir uma decisão de reparações e custas.

O cumprimento da sentença deve ser voluntário. No Brasil, o cumprimento se realizará mediante execução da sentença, como título executivo judicial, perante a Justiça Federal, de acordo com o disposto no art. 109, I, da CF. É importante notar que as sentenças da Corte são sentenças internacionais, as quais, ao contrário das sentenças estrangeiras, não requerem qualquer processo de internalização no Brasil.

Observa-se que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos possui grande impacto perante os Estados Americanos. Não apenas por emitir decisões vinculantes, que obrigam as partes condenadas a cessar a violação e pagar eventuais reparações pecuniárias, bem como adotar medidas

responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

adequadas para reparar os danos sofridos pelos indivíduos, mas também por analisar as decisões dos mais altos tribunais nacionais em matéria de direitos humanos.

Não há hierarquia entre uma instância nacional e um tribunal internacional, porém verifica-se que a Corte Interamericana é o intérprete maior do Pacto de San José, de modo que sua interpretação da relação do mesmo com os ordenamentos jurídicos nacionais é essencial para o bom funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. A função de intérprete dos ordenamentos jurídicos nacionais cabe às cortes constitucionais de cada país, as quais não raro, conforme ocorre no caso brasileiro, são também a última instância de decisão nacional em matéria de direitos humanos.

É inescapável a interação entre a Corte Interamericana e as cortes nacionais, de modo que, à medida que a Corte robustece sua atuação e fortalece uma jurisprudência em matéria de direitos humanos no continente americano, há uma necessidade cada vez maior dos ordenamentos jurídicos nacionais da região em se aproximar dessa Corte. Desse modo, a influência da Corte Interamericana no contexto regional tem estimulado um diálogo cada vez maior da mesma com as cortes constitucionais americanas, conforme assinala Marcelo Neves:

Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII (arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de diálogo em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos⁵²

Um dos pontos da jurisprudência da Corte Interamericana que ainda causa grandes controvérsias com os Estados Americanos se refere a sua interpretação de questões de violação de direitos humanos durante regimes de exceção e eventuais anistias praticadas por governos. Conforme analisado em tópicos anteriores, houve, na segunda metade do século XX, uma proliferação de regimes autoritários no continente americano, os quais, ademais de

⁵² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 144-145.

apresentarem importantes particularidades em cada Estado, possuíram diversas condutas comuns.

O posicionamento da Corte Interamericana em relação aos atos praticados durante esses regimes tem se aprimorado desde o final da década de 80 do século passado, formando uma jurisprudência bastante uniforme sobre as obrigações dos Estados em relação aos indivíduos que foram vítimas de violações de direitos humanos durante esses regimes, bem como a posição que os governos de transição adotaram em relação aos violadores.

Uma vez que o tratamento adotado em regimes de transição é uma matéria bastante sensível, que envolve uma abordagem não apenas jurídica ou política, mas também sociológica, há uma grande preocupação em rediscutir questões consideradas pacificadas. Ainda assim, é função da Corte Interamericana, como órgão do Sistema Interamericano, em analisar as eventuais incongruências dos ordenamentos nacionais durante esse período de transição com a lógica do sistema regional.

3.2.1 O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de regimes de exceção e eventuais leis de anistia

A história recente do continente americano tem influenciado profundamente a atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo surgido na segunda metade do século passado, a Corte vivenciou tanto períodos de recrudescimento no tratamento internacional dos direitos humanos, influência de uma política de segurança nacional em regimes de exceção, quanto uma valorização e expansão da proteção dos direitos humanos no interior dos Estados e internacionalmente. O posicionamento mais atual da Corte, que se coaduna com a maior proteção desses direitos em relação a esses períodos pretéritos de exceção vem se mostrando um dos principais temas de sua atuação contenciosa.

Para compreender os motivos que embasam a formação da jurisprudência da Corte Interamericana é necessário compreender não apenas o contexto político da região, mas o próprio perfil jurídico do Sistema Interamericano. Sabe-se que há diversos pontos de similitude entre os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, porém a formação jurídica

regional é responsável por importantes particularidades, sem as quais não é possível compreender o atual estágio do sistema.

Inicialmente, o contexto regional americano da segunda metade do século XX é essencial para compreender a formação do Sistema Interamericano. Os diversos regimes de exceção existentes durante esse período, ademais de suas singularidades, compartilharam diversos pontos de similitude, dentre eles a valorização de uma doutrina de segurança em detrimento de garantias fundamentais.

A exacerbação da temática de segurança nacional não raro estimulou o surgimento de perseguições a grupos específicos dentro da sociedade - em geral taxados como inimigos pelo regime vigente -, os quais eram vítimas das mais diversas formas de violência e violações de direitos humanos.

O surgimento da Corte Interamericana, no final de 1979, ocorreu em meio a tal contexto regional. Diversos regimes de exceção, baseados numa interpretação soberanista no tratamento do tema de direitos humanos, mostraram-se resistentes à aceitação da jurisdição de um tribunal internacional como a Corte Interamericana. Assim, boa parte da primeira década de funcionamento da Corte ocorreu em meio a um contexto regional de contraposição à ideia de julgamento internacional de atos praticados por agentes dos regimes de exceção.

A década de 80 do século XX, principalmente durante sua segunda metade, foi marcada pelo recuo dos regimes militares existentes no continente americano. A redemocratização ocorrida em diversos Estados da região, não raro acompanhada da formulação de um novo texto constitucional, foi seguida por uma maior preocupação com o tema de direitos humanos, o que estimulou o fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

A crescente adesão de Estados à jurisdição da Corte Interamericana, bem como uma pressão social em diversos Estados por averiguação das violações perpetradas durante os regimes militares, permitiu que surgissem os primeiros julgados da Corte acerca dos atos praticados por regimes de exceção. Desde então, vem surgindo uma crescente consolidação jurisprudencial do referido tribunal acerca dos atos praticados durante esse

período, inclusive manifestando-se sobre a amplitude e legitimidade de eventuais leis de anistia promulgadas durante as redemocratizações.

É necessário analisar qual o entendimento da Corte Interamericana para algumas das violações perpetradas durante os regimes de exceção. Conforme apontado acima, diversos Estados apenas aderiram à jurisdição da Corte após o fim de seus regimes militares e posterior redemocratização, o Brasil entre eles. Observa-se, portanto, que muitos Estados alegaram que a Corte Interamericana não teria legitimidade para julgar violações de direitos humanos praticadas durante o regime anterior, uma vez que à época da violação não haveria o reconhecimento de sua jurisdição.

Essa alegação, em grande medida, não foi acolhida por parte da Corte Interamericana. Isso porque, ela partiu do entendimento que muitos dos crimes praticados durante os regimes ditatoriais eram de natureza continuada, os quais não se extinguiriam no momento inicial da violação, mas se perpetuavam até o tempo presente, o que legitimaria a capacidade da Corte em julgá-los - ponto este que será analisado em maior profundidade em tópico específico. Ressalte-se que esse entendimento por parte da Corte não é pioneiro, sendo reflexo de uma doutrina internacional sobre o tema, que vinha sendo aplicada por outros tribunais de direitos humanos.

Desse modo, em caso de violações como o desaparecimento forçado de pessoas - conforme foi o caso brasileiro - haveria a legitimidade da Corte Interamericana em exercer sua jurisdição para investigar e julgar tais crimes, uma vez que eles se perpetuam até os dias atuais. Não se trata de estender indevidamente a jurisdição temporal da Corte de modo a violar a decisão soberana de um Estado em quando aderir a sua jurisdição, elemento este de caráter político e alheio a uma intervenção jurídica, mas de congruência com o entendimento aplicado pelo direito internacional hodierno ao tema.

Em paralelo a esse aspecto, é necessário também analisar que uma das peculiaridades desse sistema é a preocupação do mesmo com a restituição do gozo dos direitos violados. Conforme explana André de Carvalho Ramos:

(..)Já no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliás, na literalidade do art. 63. 1, preocupa-se a

Convenção Americana de Direitos Humanos com a restitutio in integrum em primeiro lugar, estipulando ser dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violados.

(...)

Assim, exige-se o cumprimento no sistema interamericano das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado. Para tanto, não pode o Estado infrator alegar impedimento de Direito interno, como podem alegar seus pares europeus (vide a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* e sua satisfação equitativa). Colabora para isso, também, o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, *que firma o dever genérico dos Estados de introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento dessa Convenção*. Assim, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões.⁵³ (grifo nosso)

Diferentemente de outros regimes de direitos humanos, o Sistema Interamericano não se baseia na possibilidade de utilização de uma reparação pecuniária às vítimas em caso de alegação por parte do Estado impossibilidade de plena execução da sentença da Corte - alegação essa que tradicionalmente deriva da existência de alguma norma interna sobre o tema.

Percebe-se, portanto, que as decisões da Corte Interamericana buscam, mesmo reconhecendo a possibilidade de se arbitrar uma indenização às vítimas de violações, mais do que reparar as vítimas, sanar as injustiças que derivam da violação aos direitos humanos.

Uma importante questão resulta desse fato, a de que a Corte Interamericana é pouco sensível a alegações de normas de direito interno como justificativa para obstar eventuais garantias de direitos humanos. Esse ponto é de vital importância para compreender a base das decisões da referida Corte em considerar inaplicável elementos das leis de anistia de países que passaram por regimes ditatoriais.

Em verdade, a Corte considera que os tratados internacionais de direitos humanos não devem ser analisados de forma semelhante aos demais tratados multilaterais. Essa análise deriva do fato que os tratados de direitos humanos, mais do que obrigar um Estado perante outros Estados ou atores internacionais, geram obrigações do Estado perante seus próprios indivíduos.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 816.

Uma vez que a proteção dos indivíduos é a preocupação maior na atual matéria dos direitos humanos, é entendimento da Corte valorizar a aplicação de seus tratados e convenções. Conforme ela se expressou em opinião consultiva:

29. A Corte deve enfatizar, no entanto, que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros estados, se não para os indivíduos sob sua jurisdição.⁵⁴ (Tradução nossa)

Uma vez que o cerne normativo da Corte é o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, ela tende a afastar a aplicação das normas internas que se contraponham àquela, não admitindo a alegação de questões internas para obstruir seu funcionamento. Assim, mesmo havendo leis de anistia elaboradas internamente com o intuito de evitar futuros julgamentos acerca dos atos praticados durante os regimes ditatoriais, a Corte Interamericana interpreta que tais leis se contrapõem ao Pacto de San José, de modo que são afastadas quando do seu julgamento das violações ocorridas durante tais regimes.

Tal entendimento da Corte Interamericana é verificado em uma série de julgados, que remontam do final da década de 80 do século XX, período em que houve o fortalecimento dos sistemas internacionais de direitos humanos. Especificamente considerando violações perpetradas durante regimes militares, há uma vasta jurisprudência nesse sentido, podendo ser citado:

- Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988);

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982.** p. 9. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf. No original: 29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

- Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras (1989);
- Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (1989);
- Caso Loayza Tamayo Vs. Peru (1998) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país;
- Caso Barrios Altos vs. Peru (2001) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país;
- Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006) - Afastou a proteção prevista pela Lei de Anistia do país.

Esses são alguns exemplos pontuais de uma série de decisões que julgaram violações perpetradas durante ditaduras na Argentina, Uruguai, El Salvador, Chile, etc. Portanto, para além das negociações internas e eventuais normas editadas para evitar futuros julgamentos acerca dos fatos ocorridos durante os regimes ditatoriais, a Corte Interamericana tem repetidamente confirmado seu entendimento de impossibilidade de afastamento da responsabilização de violações de direitos humanos perpetradas durante tais regimes, independentemente de haver a edição de leis de anistia que impeçam os julgamentos internos.

Analisando o contexto histórico dos regimes ditatoriais no continente americano e a formação do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, não é difícil compreender o posicionamento da Corte Interamericana. O Sistema Interamericano cada vez mais foca-se na proteção ao indivíduo, buscando garantir, sempre que possível, mais que uma indenização pecuniária por violações sofridas, a restituição do direito lesado, seja por averiguação, responsabilização ou condenação de eventuais culpados.

Em face disso, a Corte Interamericana tem buscado a responsabilização de violadores de direitos humanos mesmo em períodos em que teoricamente as leis internas teriam elaborado um acordo para evitar futuras investigações e condenações. É necessário analisar também que as referidas leis de anistia são, tradicionalmente, construções normativas formuladas pelos regimes de exceção de modo a se protegerem perante a nova estrutura social. Conforme analisa Flávia Piovesan, se referindo ao julgamento da Corte no caso Barrios altos vs Peru:

Concluiu a Corte que as leis de "autoanistia" perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional, e sua revogação uma forma reparação não pecuniária. Essa decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo têm o direito de ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.⁵⁵ (grifo nosso)

Cada Estado é soberano para investigar, julgar e punir eventuais violadores de direitos humanos nos mais diversos contextos, porém é certo que, conforme analisado, a matéria de proteção de direitos humanos evoluiu para permitir que o direito internacional, principalmente por meio dos tribunais internacionais de direitos humanos, julgue a regularidade desse processo interno. Desse modo, a norma interna não deve surgir como mecanismo para obstaculizar a atuação do direito internacional.

Em verdade, uma vez que, assim como há uma decisão soberana estatal acerca do julgamento das violações de direitos humanos, é necessário analisar que há também uma decisão soberana em aderir a regimes internacionais de direitos humanos capazes de investigar tais violações, de modo que ambas as decisões soberanas devem se harmonizar para evitar incongruências.

No contexto americano, a racionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos prevê a atuação de sua Corte como mecanismo hábil para julgar violações baseando-se em uma norma positivada, o Pacto de San José, de modo que as decisões do referido tribunal devem se fundar nesse corpo normativo. A escolha em reconhecer e aderir à atuação desse sistema importa em uma adesão como um todo, que não deve ser em parte restringida por formulações internas.

Percebe-se, portanto, que há a formação de um entendimento que remonta ao final da década de 80 do século passado, não muito após a promulgação da atual Constituição Federal brasileira. Assim, não é de causar grande perplexidade a possibilidade de qualquer país que se submete à jurisdição da Corte Interamericana, o Brasil incluso, de ser julgado por

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 355.

violações de direitos humanos praticadas contra seus nacionais durante regimes de exceção, independentemente de eventuais disposições de suas leis de anistia.

Analisando a atuação da Corte em relação ao Brasil, verifica-se que a Corte se baseia em jurisprudência consolidada para julgar os casos brasileiros. Há, portanto, uma reprodução de entendimentos já consolidados em conflitos semelhantes surgidos com outros Estados. Ainda assim, é importante analisar as particularidades dos casos brasileiros para compreender não somente o perfil jurisprudencial da Corte Interamericana, mas também para analisar qual a maneira com que o Estado brasileiro reage aos referidos julgados.

3.2.2 A relação do Brasil com a Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Brasil é signatário do Pacto de San José desde 1992 e reconhece a jurisdição da Corte Interamericana desde 1998, em meio ao período de maior avanço da adesão brasileira aos regimes internacionais de proteção dos direitos humanos. Desde sua adesão até o presente momento, houve 5 casos levados ao julgamento da Corte Interamericana contra o Brasil, do qual 4 resultaram em condenação.

Analisando os referidos casos, percebe-se que a Corte foi acionada em situações bastante distintas de violação de direitos humanos, tendo o Brasil cumprido, ao menos em termos, as referidas decisões, demonstrando haver um certo grau de cooperação e aplicabilidade das decisões da Corte no ordenamento brasileiro. Ainda assim, o último julgado proferido, referente ao tema da Guerrilha do Araguaia, é sem dúvidas um dos pontos principais de divergência no ordenamento brasileiro da decisão da Corte Interamericana.

Conforme pode se observar de uma breve análise dos referidos casos, é possível confirmar que ainda persistem certos desafios para a implementação plena das decisões da Corte. Esses desafios são de vital importância para superar o principal ponto de dificuldade para a implementação das decisões da Corte no direito brasileiro, qual seja, o cumprimento das decisões que busquem a investigação e responsabilização penal de indivíduos pelas violações de direitos humanos.

O primeiro julgamento da Corte foi o Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil, com sentença em 4 de julho de 2006. O conflito surgiu devido à morte violenta de Damião Ximenes, espancado e morto em uma clínica psiquiátrica do governo em 1999. A Corte entendeu pela responsabilidade do Brasil não apenas por conta da morte, mas também por Damião ter um transtorno mental, bem como ter havido a demora do Judiciário brasileiro nos processos criminal e cível ajuizados pela família da vítima. Houve condenação do Brasil na Corte para indenizar a família da vítima, bem como garantir a celeridade da justiça para julgar tais violações e capacitar os profissionais do setor de saúde mental.

O Brasil reparou materialmente a família, porém, no que se refere as políticas apontadas, a Corte analisou, em sua Resolução de 17 de maio de 2010, que o governo brasileiro ainda não havia cumprido os pontos referentes à determinação da conclusão do processo em prazo razoável e ao desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde mental segundo os princípios internacionais sobre a matéria, de modo que decidiu por manter aberto o procedimento de supervisão de cumprimento da sentença.⁵⁶

O segundo caso envolvendo o país foi o Caso Nogueira de Carvalho e Outro vs Brasil. Tratava-se de uma denúncia de homicídio de um advogado defensor dos direitos humanos, Gilson Nogueira de Carvalho, no Rio Grande do Norte por um grupo de extermínio em que policiais civis e outros funcionários estatais fariam parte.

Em sua sentença de 28 de novembro de 2006, a Corte reafirmou a importância de garantir a proteção e evitar a impunidade de crimes praticados contra indivíduos engajados com a proteção dos direitos humanos, analisou não haver suporte fático para demonstrar a alegada violação do Estado brasileiro ao direito às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humano. Assim, foi arquivado o expediente.

O terceiro caso foi o Caso Escher e Outros vs Brasil. Tratou-se de caso de interceptação e monitoramento telefônico ilegal da polícia militar do

⁵⁶ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de maio de 2010 - CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_%20por.pdf

Paraná de trabalhadores rurais ligados ao Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST) ocorrido em 1999. A sentença da Corte foi proferida em 6 de julho de 2009, entendendo pela irregularidade da atuação da polícia militar e responsabilização do Brasil em indenizar as vítimas.

O Brasil cumpriu a sentença e em 19 de junho de 2012, por meio resolução, a Corte informou que resolveu concluir e arquivar o caso Escher e outros, visto que o Brasil havia cumprido os pontos da sentença relação ao pagamento de indenização por dano moral às vítimas e à publicação da sentença. Igualmente, a Corte decidiu dar por concluído a supervisão do cumprimento do ponto da sentença referente ao dever de investigação os fatos que geraram as violações do caso.⁵⁷

O quarto caso levado ao conhecimento da Corte Interamericana foi o Caso Garibaldi vs Brasil. A questão envolveu o assassinato de Sétimo Garibaldi, trabalhador rural morto em 1998 em meio a uma desocupação de um acampamento do MST. O ponto principal levado ao juízo da Corte foi a demora nos meios jurisdicionais brasileiros em averiguar as denúncias, o que estaria levando a uma impunidade dos criminosos.

A corte decidiu em 23 de setembro de 2009 pela condenação do Brasil pela demora no provimento jurisdicional, principalmente no que se refere à conclusão do inquérito policial, de modo que condenou o Brasil a indenizar a família da vítima e promover a investigação e responsabilização dos indivíduos que deram causa a essa demora injustificada.

Em 20 de fevereiro de 2012, por meio de resolução, a Corte declarou que o Brasil havia cumprido os pontos da sentença referentes ao pagamento da indenização por danos morais e materiais às vítimas e à publicação da sentença. Com relação à obrigação de apurar as eventuais faltas funcionais dos agentes públicos responsáveis pelo inquérito, a Corte considerou que o Brasil realizou investigações administrativas em relação ao ordenado pela sentença, de modo que determinou seu arquivamento.⁵⁸

⁵⁷ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012 - CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf

⁵⁸ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2012 - CASO GARIBALDI VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_12_por.pdf

Da análise dos quatro casos acima mencionados é possível analisar que a Corte Interamericana se preocupa não apenas em proferir decisões para garantir a indenização às vítimas e familiares. A análise das irregularidades praticadas no Estado que permitiram a ocorrência de violações dos direitos humanos, bem como os atos que levaram à não investigação e condenação dessas violações são também pontos centrais das referidas sentenças.

Conforme analisou-se anteriormente, a Corte Interamericana busca, mais que uma restituição pecuniária, a adequação da atuação dos Estados frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para isso, verifica-se também a preocupação dela com o efetivo cumprimento de suas sentenças, conforme é possível observar nas suas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença.

De outra parte, observa-se também que o Brasil vem demonstrando sua aceitação às decisões da Corte. Percebe-se, todavia, que o principal ponto de dificuldade no cumprimento das sentenças não ocorre na aceitação das indenizações a serem pagas às vítimas e seus familiares, mas no que se refere à investigação e responsabilização dos agentes públicos responsáveis não apenas pelas violações de direitos humanos, mas também na demora ou ineficiência do provimento jurisdicional. Na análise das resoluções acima mencionadas, é possível observar que é reiteradamente citado tal ponto.

O quinto e mais recente caso envolvendo o Brasil perante a Corte Interamericana é o Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. A questão central envolveu a responsabilização do Estado brasileiro pelo desaparecimento, tortura e morte de 70 integrantes da Guerrilha do Araguaia, durante os anos 1970, contra o regime militar.

Em sentença proferida em 24 de novembro de 2010, a Corte entendeu pela responsabilização do Brasil, ordenando a indenização dos familiares das vítimas e, ponto principal de conflito para aplicação da referida sentença, que a Lei da Anistia de 1979, que anistiou os eventuais envolvidos por tais desaparecimentos forçados, não seria obstáculo para a apuração das violações de direitos humanos ocorridas à época.

Até o presente momento, não houve a emissão de resolução sobre supervisão de cumprimento de sentença referente a esse caso, porém há um profundo debate em curso acerca de seu não cumprimento pelo governo

brasileiro. Observa-se que houve o cumprimento parcial das indenizações às famílias das vítimas, estando ainda em curso o integral pagamento devido, porém no que tange ao afastamento da aplicabilidade da Lei de Anistia, permanece uma indefinição jurídica e política.

A análise do caso Gomes Lund é um dos pontos centrais do presente trabalho, de modo que sua mais profunda análise, bem como as implicações jurídicas e sociais decorrentes de sua decisão serão devidamente abordadas em capítulo próprio.

Para além da relação jurídica existente entre o ordenamento jurídico pátrio e a Corte, é possível verificar também certas posturas do governo brasileiro em relação ao referido tribunal. O Executivo, principalmente por meio de declarações do Ministério das Relações Exteriores (MRE), acredita que as decisões da Corte devem ser vistas como integrantes de um conjunto de instituições acreditadas pelo Brasil. Ainda assim, a aplicação de suas decisões passa por aspectos internos do sistema público que requerem uma adequação à realidade nacional.

Acerca dessa aplicação no que se refere aos crimes praticados durante o regime militar, verifica-se que houve uma grande valorização no Brasil da ideia de uma anistia ampla geral e irrestrita, que abarcasse exilados, inimigos do regime e os próprios militares. Mais do que apenas a argumentação da aplicação da Lei de Anistia, percebe-se que há um interesse de diversas esferas do poder público brasileiro em não reabrir o debate acerca dos crimes praticados durante o regime militar. Viviana Krsticevic e Beatriz Affonso analisam que:

Passados 25 anos da redemocratização no país, as poucas iniciativas de investigação dos crimes da ditadura militar apresentadas têm sido recorrentemente arquivadas com base em institutos legais como a Lei de Anistia, a prescrição da pretensão punitiva e a falta de informações sobre a autoria. Com caráter secundário, mas não menos importante, destaca-se a ausência no Brasil de tipo penal para o desaparecimento forçado de pessoas. O que determina a utilização de outros tipos penais - como sequestro, ocultação de cadáver e homicídio - os quais não incorporam a natureza permanente/continuada e pluriofensiva do delito de desaparecimento forçado. Portanto, podem, conseqüentemente, como resultado da sua aplicação, produzir dispositivos legais de extinção da pretensão punitiva como a prescrição, ou mesmo, a declinação para a competência da jurisdição militar.⁵⁹ (grifo nosso)

⁵⁹ KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. **A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à**

O posicionamento brasileiro tem contribuído para profundos atritos no âmbito interno referente à atuação da Comissão da Verdade e relativização da Lei de Anistia. Verifica-se que não se adotou no país um modelo de redemocratização voltado para o caráter restaurador da sociedade, conforme pode ser observado em outros regimes de transição, como o da África do Sul, onde houve a coexistência não apenas de reparações pecuniárias a vítimas e familiares, mas também de pedidos de desculpas e publicidade/informação das violações de direitos humanos.

No âmbito jurídico, é patente a existência de uma contradição entre a atuação dos tribunais internos e cortes internacionais de direitos humanos, especialmente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere à validade da Lei de Anistia. Ressalte-se que pouco antes do proferimento da sentença da Corte Interamericana no caso *Guerrilha do Araguaia*, o STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, conforme observado em tópico anterior, confirmou seu posicionamento de impossibilidade de afastamento da referida Lei.

A aparente contradição na interpretação de ambas as cortes leva a um questionamento acerca da efetiva sintonia entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. A racionalidade entre os sistemas pressupõe que haja uma coordenação na atuação de ambos, principalmente no que se refere à interpretação das normas existentes.

Quando não há essa coordenação, existe não somente a incompatibilidade na conduta entre os elementos dos sistemas, mas mesmo um risco de fragmentação na relação entre ambos. Nesse diapasão, há de se questionar se essa dicotomia deriva de um posicionamento de resistência do Supremo Tribunal Federal em fazer valer decisões de cortes de Direitos Humanos - ou mesmo resistência à submissão a normas internacionais sobre a matéria -, ou se é possível considerar outras questões subjacentes.

Em verdade, é possível ver pontos de conexão capazes de construir pontes de conexão entre os sistemas, porém aspectos não apenas jurídicos, mas também culturais influenciam a tomada de decisões nos diversos âmbitos. Assim, é necessário analisar quais fundamentos embasam a conexão entre sistemas constitucionais diversos, ainda mais sistemas de estruturas diversas, como o ordenamento jurídico nacional e o sistema regional de direitos humanos, bem como quais os desafios decorrentes da própria estruturação e funcionamento desses sistemas para sua efetiva harmonização.

4 TRANSCONSTITUCIONALISMO E O RELATIVISMO CULTURAL

4.1 TRANSCONSTITUCIONALISMO

Percebe-se que há uma multitude de fatores envolvendo a interação entre ordens jurídicas constitucionais diversas. Sem entrar profundamente no debate acerca da noção de constituição e constitucionalidade, sabe-se que esses conceitos, em sua formulação inicial, estiveram profundamente relacionados à ideia de Estado e uma ordem jurídica fechada. Contudo, o constitucionalismo estatal surgido nos movimentos revolucionários do final do século XVIII vem sendo reanalisado no contexto de globalização e proliferação de organismos internacionais.

Assim, não é possível restringir a ideia de constitucionalismo apenas às normas fundamentais de ordenamentos jurídicos Estatais - as quais sem dúvidas permanecem com grande destaque no estudo do tema, influenciando os demais sistemas constitucionais -, sendo possível verificar a presença de temas constitucionais, bem como verdadeiras ordens constitucionais para além dos limites dos países. Conforme observa Vital Moreira:

(...) no modelo tradicional do Estado Constitucional Nacional, o poder (Staatsgewalt) era uno e exclusivo. Não conhecia divisões no interior nem limitações no exterior. Dentro das suas fronteiras só o seu poder se exercia. Nem outras leis, nem outras autoridades. A soberania nacional, exclusiva e inteira, era a sua divisa. (...) Com efeito, hoje estão em curso movimentos de integração política, que implicam uma crescente partilha de poderes outrora considerados exclusivos do Estado nacional.⁶⁰

Nesse contexto, é patente a crescente presença de temas constitucionais em Organizações Internacionais, entes dotados de personalidade jurídica internacional. A presença dessas Organizações em matérias constitucionais gera reflexos também nos Estados que compõem esses organismos, chegando a haver, em muitos casos, uma dificuldade em definir os limites entre o plano nacional e o internacional.

Em verdade, percebe-se que, conforme analisado anteriormente, há uma crescente permeabilidade em certos temas constitucionais, que não se restringem mais a noções pretéritas de soberania, de modo a ser possível visualizar uma crescente interação entre sistemas constitucionais. A natureza e

⁶⁰ MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 329.

intensidade dessas relações implica em que, não raro, é possível que um organismo internacional se contraponha a noções constitucionais de um Estado.

Sobre esse tema, analisa Marcelo Neves:

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral. O que intriga a "ciência" jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, vibra mestra do direito internacional público clássico.⁶¹

Verifica-se, portanto, que a abordagem tradicional do direito internacional público acerca do tema não é capaz de solucionar os questionamentos que surgem das interações intersistêmicas. Dessa forma, diversas teorias vêm surgindo nos últimos anos para buscar explicar a crescente complexidade da sociedade internacional e a interação entre seus atores, de modo a permitir que haja uma previsibilidade e racionalidade nos fenômenos jurídicos da atualidade.

Dentre essas teorias, uma ideia que ganhou grande destaque e vulto foi a do Transconstitucionalismo, elaborada por Marcelo Neves, atualmente professor da Universidade de Brasília. Essa teoria foi apresentada em 2009 como tese para o concurso de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e no mesmo ano publicada como livro. Desde então, vem ganhando crescente espaço na comunidade jurídica nacional, se tornando uma referência quase obrigatória em estudos acerca da interação entre sistemas constitucionais.

4.1.1 Transconstitucionalismo: Acoplamentos estruturais e racionalidade transversal entre ordens jurídicas constitucionais

A ideia do transconstitucionalismo parte de uma visão de acoplamento estrutural de Niklas Luhmann para verificar a interação entre sistemas constitucionais em uma sociedade mundial multicêntrica. A primeira abordagem dessa ideia pressupõe a análise de que a atual sociedade mundial,

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 83.

influenciada pela globalização, é multicêntrica, de modo a incluir todos os sistemas sociais locais e nacionais, não havendo, portanto, nenhum sistema plenamente hermético.

A principal característica dessa sociedade mundial - conforme expressa pela ideia de anarquia internacional, analisada pela Teoria da Relações Internacionais - é a inexistência de um centro ou código supremo que se imponha a todos eles, diferente do que se verifica, por exemplo, dentro de um sistema Estatal. Assim, cada sistema é autônomo, sem possuir uma superestrutura que o controle, porém se observa que essa autonomia dos sistemas sociais, conforme visto, não impede a conexão entre eles.

Verifica-se que cada sistema social possui sua própria ordem, seu fechamento operacional, porém há comunicação entre eles, admitindo intercâmbio com o entorno, de acordo com suas próprias estruturas e operações e, dessa forma, possibilitando a diferença sistema/entorno.

Em função do fechamento operacional de cada sistema, não há mecanismos de comunicação direta entre eles. Assim, os diversos sistemas sociais vinculam-se entre si por meio de acoplamentos estruturais, que possibilitam que as estruturas de um sistema possam ser relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema, e vice-versa, sem que isso implique a perda de autonomia de nenhum deles.

Os acoplamentos estruturais funcionam, portanto, na visão de Marcelo Neves, como mecanismos de interpenetração entre os sistemas. Essa interpenetração permite que haja o intercâmbio entre distintas universalidades sistêmicas, cada qual capaz de funcionar autonomamente, que se comunicam e se influenciam mutuamente, em uma estrutura anárquica, porém não desordenada. Dessa comunicação, surge a ideia de racionalidade transversal.

A racionalidade transversal entende que, em uma sociedade marcada pela heterogeneidade, onde não há um código supremo para reger os distintos sistemas, os distintos sistemas sociais interpenetram-se, permitindo que ocorra, conforme entende Marcelo Neves, um intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas.

Verifica-se, portanto, que para que haja a formação dos acoplamentos estruturais e a consolidação da racionalidade transversal, é necessário que cada sistema busque o contato e diálogo com os demais.

Assim, um fechamento estrutural de um sistema, em uma visão autista, leva à impossibilidade do diálogo intersistêmico, impedido a formação da racionalidade transversal. Tal fechamento pode ocorrer não apenas para evitar a formação dos acoplamentos estruturais entre os sistemas, como pode corroer estruturas já formadas entre sistemas que dialogam, fragmentando a estrutura de interpenetração sistêmica.

Transpondo tais ideias para uma análise das ordens jurídicas, verifica-se que, assim como há a interação entre diversos sistemas sociais em uma sociedade mundial multicêntrica, há a interação entre diversos ordenamentos jurídicos distintos em distintos níveis mundiais, cada um com regras próprias e autonomia para aplicá-las sem necessitar de uma ordem jurídica superior. Nesse sentido, analisa Tércius Gondim Maia:

Importante ressaltar que, tal como a sociedade mundial, o seu sistema jurídico também é multicêntrico, ou seja, as ordens jurídicas que o compõem têm pretensão de autonomia e nenhuma delas ostenta a condição de centro supremo detentor da *ultima ratio* jurídica.⁶²

Assim, na esfera do Direito, a ideia de transconstitucionalismo busca renovar a visão tradicional do entendimento do direito constitucional, principalmente analisando a relação entre sistemas constitucionais distintos. Trata-se de uma perspectiva que busca demonstrar como, no contexto da sociedade mundial, novos mecanismos de troca de experiências constitucionais se desenvolvem, não apenas no âmbito nacional, mas também nos âmbitos regional e internacional.

A visão do constitucionalismo ultrapassa o debate entre monismo e dualismo, ainda muito presente no direito internacional, uma vez que não se trata da recepção de normas internacionais nos direitos internos, mas sim da interação entre tais sistemas na formação da racionalidade transversal, que seria mais capaz de dar conta da análise das condições do transconstitucionalismo, onde diversos temas constitucionais são reciprocamente abordados e interpretados por distintas ordens.

⁶² Maia, Tércius Gondim. **Os precedentes da corte interamericana de direitos humanos e a responsabilidade internacional do estado brasileiro por violações aos direitos humanos causadas por decisões do Supremo Tribunal Federal: uma abordagem transconstitucional** / Tércius Gondim Maia. – Recife: O Autor, 2014. p. 81.

O transconstitucionalismo entende que o tratamento de temas constitucionais envolve a relação entre distintas ordens jurídicas, as quais se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas. Dessa relação, surge uma conversação constitucional, que permite o surgimento de uma fertilização constitucional cruzada, onde há a formação de uma racionalidade transversal. Assim, observa-se que, hodiernamente, os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, em diversos níveis, o que exige que as soluções buscadas sejam fundadas em um entrelaçamento entre os sistemas.

Na interação entre essas ordens jurídicas, é possível observar a relação entre as distintas cortes constitucionais de cada sistema, o que permite a consolidação de um aprendizado construtivo entre elas, à medida que elas se citam reciprocamente e, cada vez mais, se vinculam às resoluções umas das outras. É possível, portanto, que os intérpretes constitucionais, sejam de sistemas nacionais ou internacionais, construam um aprendizado recíproco e contínuo, permitindo uma constante rearticulação entre eles.

Ademais de cada sistema ser capaz de operar autonomamente, conforme analisado, verifica-se que seu fechamento ao diálogo com outros sistemas pode prejudicar a própria racionalidade transversal, impedindo a realização de uma conversação construtiva, o que pode levar até a uma fragmentação intersistêmica.

4.1.2 Transconstitucionalismo entre sistemas de proteção de direitos humanos: Conversação entre Cortes

A ideia de transconstitucionalismo vai além da interação entre apenas dois sistemas distintos, pressupondo que, na atual sociedade globalizada, há uma interação constante e simultânea entre diversos sistemas. Nesse contexto, entende Marcelo Neves que se verifica a existência de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, onde diversas ordens jurídicas coexistem, não apenas ordenamentos jurídicos estatais, mas sistemas internacionais de Organizações Internacionais, dentre outros atores.

Nesse cenário, observa-se que uma das principais problemáticas do atual sistema jurídico mundial é a questão da garantia e proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Distinguindo brevemente ambos os

institutos, verifica-se que, tradicionalmente, os direitos fundamentais referem-se a garantias jurídicas básicas consolidadas em um ordenamento jurídico nacional, enquanto os direitos humanos pressupõem uma noção de garantias a qualquer ser humano, independentemente de sua identidade ou nacionalidade, estando mais disciplinada no plano do direito internacional.

Decerto que há diversos pontos de conexão entre ambos os conceitos, muitas vezes ambos tratando das mesmas garantias, mas em níveis distintos. Observa-se, contudo, que na interação entre sistemas, principalmente quando envolve a participação de ordens jurídicas distintas das estatais, o debate acerca dos direitos humanos se sobressai, por sua própria natureza transnacional.

Assim, os direitos humanos pressupõem oferecer a qualquer indivíduo garantias básicas dentro da ordem mundial. Conforme afirma Marcelo Neves:

(...) proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social.⁶³

Distintamente dos direitos fundamentais, os quais podem ser observados em ordenamentos jurídicos nacionais por meio da análise das normas constitucionais consolidadas em uma Constituição e demais fontes constitucionais, a garantia constitucional de direitos humanos passa pela interação entre diversas ordens do sistema mundial, sendo possível que distintos sistemas jurídicos tenham concepções diversas sobre tais direitos.

A interpretação acerca dos direitos humanos, portanto, muitas vezes passa pela apreciação das ordens jurídicas nacionais e internacionais. É necessário ressaltar, conforme visto, que a própria codificação de normas de direitos humanos contém diversos conceitos jurídicos indeterminados, sendo possível verificar uma abrangência interpretativa de tais comandos normativos. Uma vez que a norma é formulada considerando esse espaço para interpretação, é de grande importância conhecer o entendimento dos tribunais sobre esse tema.

⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 252-253.

Tradicionalmente, a tarefa de interpretação dos direitos humanos recaía em última instância às cortes constitucionais de cada ordenamento jurídico nacional, sendo elas autônomas para definir suas interpretações. Hodiernamente, permanece tal autonomia, porém verifica-se que, cada vez mais, há uma influência mútua entre cortes constitucionais nacionais acerca do tratamento da matéria de direitos humanos, bem como há um crescente protagonismo de cortes internacionais na matéria.

A maior participação de tribunais internacionais de direitos humanos na sociedade internacional tem levado a uma crescente interação entre eles e as cortes constitucionais nacionais. Nesse contexto, é possível verificar o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que vem se fortalecendo especialmente em contextos regionais de proteção de direitos humanos, como se verifica nas interações das cortes constitucionais europeias com o Sistema Europeu de Direitos Humanos, ou mesmo a interação entre os membros da União Africana com o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.

No contexto americano, conforme analisado, o principal órgão responsável pelo diálogo constitucional em matéria de direitos humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja importância verifica-se não apenas em sua atuação contenciosa, como também por suas opiniões proferidas em pareceres consultivos.

Percebe-se que o diálogo transconstitucional em matéria de direitos humanos é amplamente estimulado pela atuação da Corte Interamericana, permitindo que os distintos tribunais constitucionais americanos busquem não apenas discutir acerca da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, fonte normativa primária das decisões da Corte Interamericana, mas também discutirem acerca da interpretação de qualquer norma de direitos humanos que afete o Sistema Interamericano. Assim, é possível a formação da racionalidade transversal, ampliando o escopo de diálogo acerca dos direitos humanos.

No contexto brasileiro, o transconstitucionalismo pluridimensional vem se verificando tanto na aplicação de normas internacionais para fundamentar decisões acerca de direitos humanos, como na menção a jurisprudência de tribunais internacionais sobre a matéria. Conforme abordado, é patente a expansão do diálogo internacional em matéria de direitos humanos

no STF, tribunal constitucional maior, o que permite que haja, cada vez mais, uma fertilização constitucional cruzada, com o âmbito nacional e internacional influenciando-se mutuamente.

O transconstitucionalismo, contudo, analisa a interação intersistêmica não apenas no aspecto da cooperação de diálogo, considerando também a possibilidade de colisões. Tais colisões são inerentes ao adensamento da relação, uma vez que a interpenetração entre os distintos sistemas pressupõe a existência de pontos de convergência e divergência, elemento natural de qualquer diálogo.

No âmbito do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, uma das principais questões motivadoras de colisão é a abrangência e muitas vezes pretensão de universalidade de suas normas, as quais podem ser interpretadas e aplicadas de formas muito diversas por ordenamentos jurídicos distintos dentro do sistema internacional. Assim, elementos como a formação histórica da sociedade e sua identidade cultural podem ocasionar uma colisão entre interpretações nacionais e internacionais, mas também levar a divergências dentro de um mesmo contexto regional.

A colisão na relação intersistêmica, contudo, não implica na negação mútua entre sistemas. Divergências interpretativas são um aspecto natural de qualquer diálogo, podendo mesmo ser responsáveis por um maior adensamento na racionalidade transversal, à medida que cada sistema busca compreender melhor os motivos de discordância dos demais e aproxima-se de uma linguagem comum, capaz de ser compreendida por todos. O que se deve evitar é que colisões levem a um fechamento estrutural, onde os sistemas deixam de dialogar, em uma visão autista, que não apenas impede a solução de conflitos, mas corrói a própria ideia de racionalidade transversal.

Assim, é importante analisar causas para a colisão entre os sistemas, de modo a permitir que se compreenda melhor a racionalidade que embasa posicionamentos distintos. Uma vez que a visão do transconstitucionalismo pressupõe uma comunicação horizontal entre os distintos ordenamentos, a solução dessas colisões passa necessariamente pelo adensamento do diálogo, de modo a que haja uma cooperação capaz de solucionar os conflitos, não uma imposição de interpretações.

Nesse contexto, em matéria de diálogo intersistêmico de direitos humanos, verifica-se a importância da análise do relativismo cultural como justificativa para entender posições díspares em matéria de direitos humanos, ponderando a relação entre a ideia de universalismo em tal matéria, bem como a necessidade de respeitar identidades locais e construções identitárias.

4.2 RELATIVISMO CULTURAL

Quando se discute constitucionalismo, principalmente com o fortalecimento do neoconstitucionalismo no pós-Segunda Guerra, verifica-se que há uma relativização da visão positivista das normas constitucionais, havendo clara influência do pós-positivismo. Nesse contexto, não apenas aspectos jurídico-positivos influenciam a formulação e interpretação das normas constitucionais, sendo possível verificar diversas correntes que buscam em outras manifestações sociais elementos para compreender e aplicar as normas constitucionais.

Dentre esses movimentos, há a visão que defende a necessidade de compreender a Constituição em seu sentido culturalista, uma vez que se observa que a Carta Magna de um país é a representação do sistema cultural e de valores de um povo, sujeita a flutuações, de modo que a interpretação constitucional pode variar a depender do contexto social e cultural da sociedade.

A doutrina culturalista entende que a Constituição é produto de um fato cultural, produzido pela sociedade e que sobre ela pode influir, podendo ser caracterizada como uma formação objetiva de cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais e elementos voluntaristas, de modo que não é possível negar o papel da vontade humana e da vontade política das comunidades sociais quando da organização do Direito e do Estado. Assim, as constituições são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela cultura e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política e reguladoras da estrutura do Estado e do modo de exercício do poder político.

A Constituição como fenômeno cultural traz uma série de questões subjacentes. Dentre elas, é possível analisar a pluralidade cultural existente em um mesmo país, que relativiza a ideia de instituições homogêneas capazes de

cumprir com as distintas realidades sociais. No atual Estado Democrático de Direito, há uma pluralidade de grupos sociais convivendo dentro de um mesmo ordenamento jurídico, podendo haver particularidades culturais bastante marcantes entre eles. Nesse sentido, aponta Jurgen Habermas:

(...) originalmente, a sugestiva unidade de um povo mais ou menos homogêneo foi capaz de proporcionar a acomodação cultural da cidadania juridicamente definida. Nesse contexto, a cidadania democrática pôde constituir o ponto de entrecruzamento das responsabilidades recíprocas. Em nossas sociedades pluralistas, porém, convivemos hoje com evidências cotidianas que se distanciam cada vez mais do caso modelar do Estado nacional com uma população culturalmente homogênea. Cresce a multiplicidade de formas culturais de vida, grupos étnicos, confissões religiosas e diferentes imagens do mundo.⁶⁴

Transpondo a questão para a esfera global, verifica-se que a multiplicidade de culturas, muitas vezes com práticas e costumes jurídicos não apenas diversos, mas até mesmo excludentes, leva a uma constante relativização de visões homogêneas em temas jurídicos internacionais. Há, portanto, uma tendência ao fortalecimento da visão de relativismo cultural nas relações internacionais, questionando ideias de universalismo nas relações entre Estados e atores supranacionais. Conforme aborda Raymond Vincent:

O que a doutrina do relativismo cultural pretende? Primeiramente, ela sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. E, em terceiro lugar, ela observa que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo é a fonte de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. (...) Há uma pluralidade de culturas no mundo e essas culturas produzem seus próprios valores.⁶⁵

Verifica-se, portanto, que é discutível a ideia de que certo valor cultural de uma sociedade possa ser imposto a outras sociedades com estruturas sociais e culturais diversas. Considerando a questão na esfera constitucional, é possível analisar que, conforme aborda a doutrina culturalista, há a necessidade de considerar a pluralidade cultural na construção e

⁶⁴ HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 140.

⁶⁵ VINCENT, R. J.. **Human rights and international relations**. Cambridge: Cambridge university press, 1986. p. 37-38.

aplicação de normas constitucionais, garantindo que a positivação jurídica não seja uma forma de imposição hegemônica, mas um acordo entre grupos heterogêneos.

Há grandes desafios no tratamento da pluralidade cultural em uma ordem constitucional nacional, uma vez que a vontade política em um Estado democrático pressupõe uma multiplicidade de vontades. Essa questão ganha mais complexidade quando se analisa a discussão constitucional no plano internacional, onde inexistente uma superestrutura Estatal definidora de um ordenamento jurídico único.

Assim, é necessário considerar o relativismo cultural quando se abordam diversos temas constitucionais presentes na esfera internacional. Dentre eles, possui grande importância a questão dos direitos humanos, uma vez que é matéria que, cada vez mais, ultrapassa as fronteiras soberanas nacionais e envolve a participação de atores internacionais.

A pluralidade de culturas leva à possibilidade de uma diversidade de interpretações acerca do tratamento de direitos humanos, principalmente no que diz respeito aos limites que a sociedade internacional e seus atores, tradicionalmente vinculados a uma visão ocidental de defesa dos direitos humanos, podem intervir nos Estados soberanos para garantir tais direitos. A problemática de interpretações diversas de normas de direitos humanos é apontada por Marcelo Neves, ao analisar que:

As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. (...). Mas a situação se agrava se considerarmos que as diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos têm compreensões sensivelmente diversas das questões dos direitos humanos, muitas delas sendo, inclusive, avessas à ideia de direitos humanos como direitos que pretendem valer para toda e qualquer pessoa. É nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões.⁶⁶

Mais ainda, considera o autor que:

O "mundo internacional" não é uma organização. Para a sociedade mundial, toda tentativa de utilização da retórica da comunidade é, antes, mais uma expressão retórica do discurso hegemônico. O que há são sistemas de comunicações, jogos de linguagem, grupos e

⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 256.

peças diversas, numa confluência heterogênea de interesses, valores e expectativas em geral. Sem dúvida, há formações comunitárias dentro da sociedade mundial (ou do "mundo internacional") do presente, mas compreendê-la como "comunidade política" é um desastre tanto teórico quanto prático.⁶⁷

Assim, mesmo em regiões onde há uma maior proximidade cultural, é possível verificar o relativismo cultural nas relações de direitos humanos. Exemplo disso verifica-se no continente americano, quando se observa que há uma multiplicidade de grupos culturais, como os de origens ameríndia, com práticas e costumes bastante diversos, muitos herdeiros de culturas milenares que nem sempre condizem com as visões de direitos e garantias das autoridades governamentais centrais de seus países.

Mesmo dentro de um Estado, grupos sociais com formações culturais bastante distintas interrelacionam-se em distintos níveis. Não raro, é possível que algum desses grupos busque impor sua cultura perante os demais, o que atenta aos direitos humanos dos indivíduos contrários ao movimento hegemônico.

Assim, conforme foi prática durante regimes militares no continente americano - em distintos níveis, a depender de cada sistema e Estado - houve a sobreposição de uma cultura hegemônica central perante a sociedade, o que nem sempre foi aceito sem conflitos. Superado o período ditatorial, as questões decorrentes dessa imposição hegemônica não se extinguiram com a transição democrática, ademais da tentativa de diversos ordenamentos jurídicos em prever regimes legais de transição capazes de impedir a rediscussão de eventos ocorridos durante os períodos de exceção.

Verifica-se, portanto, que a interação entre realidades culturais, durante regimes de exceção foi marcada por conflitos e colisões entre grupos sociais distintos, numa interação que foi gradativamente moldando a realidade constitucional de cada Estado.

No Brasil, observa-se a importância dessa interação no período de redemocratização e formulação da Constituição Federal de 1988, conforme analisado anteriormente, sendo necessário considerar o relativismo cultural, havendo uma heterogeneidade no contexto cultural nacional que foi essencial

⁶⁷ *Ibidem*, p. 291-292.

para a definição do processo de transição, com a edição da Lei de Anistia, e a criação da nova Carta Magna.

Desse modo, há que se considerar que, quando se analisa as questões de violação de direitos humanos perpetrados durante o período do regime militar brasileiro, bem como os meios de investigação, punição e anistia deles, é necessário tomar em consideração as diversidades culturais existentes.

Nem todas essas nuances, todavia, estão ao alcance de órgãos internacionais que julgam tais violações no contexto regional, mesmo porque, conforme analisado, tais órgãos possuem uma realidade cultural distinta, bem como possuem a responsabilidade de conferir decisões com um arcabouço normativo e jurisprudencial semelhante a distintas realidades estatais. Considerando tais nuances, verifica-se que a interação entre sistemas constitucionais diversos, conforme analisado por Marcelo Neves, não é simples, sendo especialmente complexa a questão quando analisada a pluralidade de interpretações de normas de direitos humanos.

Nesse sentido, distintas teorias constitucionais vêm buscando confrontar a multiplicidade de realidades culturais e a necessidade de trazer garantias básicas aos indivíduos com algum grau de homogeneidade, bem como a realidade de integração interestatal crescente na sociedade internacional.

4.2.1 Teorias constitucionais de Integração Interestatal: relações culturais em distintos níveis

Há uma multiplicidade de teorias que buscam lidar com a realidade do relativismo cultural, reconhecendo a heterogeneidade das sociedades e a necessidade de os Estados adequarem-se a essa realidade. Um dos pontos principais dessa análise é considerar como o Estado de Direito pode coexistir com culturas distintas, garantindo certo grau de individualidade de cada uma, sem que, sob argumentos de defesa de práticas culturais, se permitam práticas segregadoras e que ofendam outras culturas.

Assim, é necessário combater a segregação dentro de uma sociedade, o que afronta a própria ideia de Democracia, bastante difundida no Ocidente, ponderando quais os limites de relação entre a ordem jurídica estatal

consolidada e as garantias do pluralismo cultural. Discorre sobre o tema Friedrich Müller:

(...) o Estado de Direito e a Democracia também assumem diferentes formas, e podem ser adaptadas até certo ponto a culturas divergentes. Ambos, contudo, são incompatíveis com a exclusão política e legal (baseada na exclusão social) de qualquer segmento da população, ou de minorias étnicas ou religiosas. E eles são incompatíveis com um sistema no qual se considera subversivo que os cidadãos excluídos (de segunda classe) exerçam os direitos fundamentais garantidos a eles pelo texto da lei aplicável, ou no qual a proteção legal e participação política deles exista apenas no papel. (Tradução nossa)⁶⁸

Mais que isso, quando a interação envolve distintos sistemas sociais, cada um com culturas e elementos constitucionais próprios, é necessária uma maior cautela no que se refere às interações intersistêmicas. É necessário um diálogo capaz de aproximar os distintos atores, garantindo a formação de uma racionalidade transversal, como analisa o transconstitucionalismo, de modo a que as individualidades culturais sejam preservadas, mas sem impedir alguma forma de homogeneização nas interações.

Dentre as distintas teorias que tratam acerca desse tema, são de especial relevância ao presente trabalho duas delas: o multiculturalismo e o interculturalismo. Dois são os fatores que aproximam tais teorias do escopo da temática ora analisada. Primeiramente, são teorias que analisam a relação entre distintas culturas e a realidade de promoção dos direitos humanos atual, considerando a necessidade da atuação da esfera local e internacional no tema. Segundamente, abordam também a questão da interação entre distintos sistemas de proteção de direitos humanos, considerando como as esferas nacionais e internacionais correlacionam-se, ponto central do presente trabalho.

Desse modo, irá se buscar uma breve conceituação de cada uma das teorias, bem como quais as contribuições que elas podem trazer ao diálogo

⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. **Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept** in *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 48. No original: (...) rule of law and democracy also take different forms, and can be adapted to a certain extent to differing cultures. Both, however, are incompatible with the political and legal exclusion (based on social exclusion) of any segment of the people, or of ethnic or religious minorities. And they are incompatible with a system in which it is deemed subversive of excluded (second-class) citizens to exercise the fundamental rights guaranteed them by the text of the applicable law, or in which their legal protections and political participation exist only on paper.

intersistêmico em matéria de direitos humanos. A opção pela análise de cada teoria não é uma decisão despida de parcialidade, sendo possível elencar outras visões doutrinárias também bastante adequadas para tratar da temática, porém ambas as teorias ora elencadas, por suas características apresentadas e sua relevância no meio jurídico brasileiro, são capazes de serem apontadas como alternativas para adensar o presente debate.

4.2.1.1 Multiculturalismo

A doutrina do multiculturalismo analisa a existência de múltiplas tradições culturais, considerando a necessidade de garantir a aceitação e promoção de tais culturas perante uma jurisdição comum. Tradicionalmente, considerava-se a interação entre culturas dentro de um mesmo Estado, porém, com a crescente participação de atores internacionais e a relação ente grupos culturais em níveis múltiplos na sociedade internacional, o multiculturalismo vem analisando a questão da pluralidade cultural na esfera mundial.

Há uma variedade de aproximações quanto à questão do multiculturalismo, incluindo medidas como a promoção de respeito mútuo às diversas culturas que integram as sociedades, bem como a cobrança de políticas que garantam a manutenção da diversidade cultural em um país. Assim, muitos defensores dessa teoria buscam, mais que uma amalgama das diversas culturas em uma única imagem nacional, a garantia de um mosaico de culturas distintas, coexistindo em uma mesma estrutura social.

A opção por uma abordagem de multiculturalismo que busca a preservação das distintas culturas e garanta a inclusão delas nos diversos níveis da sociedade por vezes pode contrastar com políticas estatais que buscam integração social ou mesmo assimilação cultural, tradicionalmente perpetrada por uma cultura hegemônica à frente do Estado.

Um dos principais expoentes da análise da relação multicultural, Boaventura de Sousa Santos, analisa que a viabilidade da política multicultural exige resposta adequada a dois tipos de problemas: a multidimensionalidade das formas de dominação e opressão suscita formas de resistência e de luta que mobilizam atores coletivos, vocabulários e recursos diferentes e nem sempre inteligíveis entre si; e, tendo a maior parte dessas lutas origem local, os

atores devem lograr firmar alianças translocais e globais para que tenham eficácia e legitimidade.

Nesse contexto, a questão dos direitos humanos, que, como visto, buscam alguma homogeneidade nas garantias básicas dos indivíduos, é de grande importância ao discurso do multiculturalismo. Há de haver um equilíbrio entre a visão internacional, muitas vezes globalizadora, da promoção dos direitos humanos com a necessidade de considerar as realidades locais de cada sociedade, onde as heterogeneidades culturais florescem, muitas vezes tornando necessário uma relativização e, principalmente, uma adequação, das normas de direitos humanos às necessidades das culturas locais. Analisando especificamente a temática dos direitos humanos, afirma Boaventura de Sousa Santos que:

Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.⁶⁹

Assim, adotando uma visão multiculturalista dos direitos humanos, considera-se que não podem eles servirem de mecanismo para movimentos hegemônicos priorizarem garantias que julgam essenciais para suas culturas, ignorando a heterogeneidade cultural que é característica não apenas dos Estados, mas da própria sociedade internacional hodierna. Desse modo, as garantias decorrentes dos direitos humanos devem ser aplicadas de modo a ampliar os direitos e garantir maior proteção aos indivíduos das distintas culturas, porém sem desprezar as identidades locais, que nem sempre convergem plenamente com tais direitos.

Verifica-se, portanto, que tem grande relevância a doutrina do multiculturalismo na atual sociedade heterogênea pós-moderna, onde realidades globais e locais por vezes coexistem de maneira muito próxima. Há, todavia, importantes críticas à ideia subjacente do multiculturalismo, principalmente decorrente da escolha do termo "multi", pressupondo uma multiplicidade equivalente, para reconhecer as diversas realidades culturais. É o que aponta Bruno Galindo ao analisar que:

⁶⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. v. 30. São Paulo: Revista Lua Nova, 1997. p. 112.

(...) há uma tendência a compreender o seu significado de duas formas: por um lado, como um fato, uma expressão que registra e existência de uma multiplicidade de culturas; por outro, como um valor, implicando uma política de reconhecimento das diversas culturas. Este reconhecimento resultaria, para alguns autores, em uma exigência de que todas as culturas não somente mereçam respeito (como na perspectiva pluralista), mas um mesmo respeito, pela razão de que para o multiculturalismo todas as culturas teriam igual valor.

(...)

A referida isonomia faz com que o multiculturalismo possa incorrer no perigo de propiciar a sua própria destruição. Ao igualar, por exemplo, uma cultura fundamentalista a uma cultura pluralista e democrática, pode-se permitir a supressão desta última pela primeira (...).⁷⁰

A pluralidade cultural na sociedade hodierna é uma realidade, porém podem haver distintos modos para se confrontar tal questão. Decerto que há grande resistência a se admitir atualmente visões hegemônicas que serviram de fundamento não apenas para segregações étnicas e sociais, mas mesmo genocídios de culturas consideradas inferiores por grupos extremistas; porém é necessário cautela quando se garante uma plena equivalência aos diversos discursos culturais.

O relativismo cultural pressupõe uma multiplicidade de culturas capazes de coexistir, sendo dado algum grau de liberdade para cada grupo para manter suas tradições, contudo não se pode permitir que, sob o argumento de manutenção da identidade cultural, sejam aceitas práticas segregatícias e de violência contra outros grupos. Desse modo, surgiram outras teorias buscando uma relação de maior diálogo entre as distintas culturas, de modo a permitir que elas coexistam evitando maiores conflitos.

4.2.1.2 Interculturalismo

O interculturalismo é uma teoria que busca ir além da noção de necessidade de aceitação de múltiplas culturas, como defende o multiculturalismo, considerando que para adequada interação dessa gama de culturas é necessário um constante diálogo entre elas, permitindo uma interação efetiva. Assim, para evitar eventuais segregações que poderiam decorrer de culturas mais xenofóbicas, o interculturalismo busca um diálogo entre as culturas da sociedade, sendo por isso a escolha do termo "inter",

⁷⁰ GALINDO, Bruno César Machado Torre. **Constituição e Integração Interestatal: Defesa de Uma Teoria Intercultural da Constituição**. Dissertação (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004. p. 131-132.

pressupondo que mais do que uma multiplicidade de culturas, elas relacionam-se em uma interação constante.

Assim, no interculturalismo há uma tendência de superação do eventual risco de segregação cultural decorrente da simples aceitação da multiplicidade cultural presente no multiculturalismo, uma vez que é necessário que cada cultura não apenas reconheça as demais, mas seja capaz de considerar suas similaridades e diferenças com as diversas realidades culturais, elemento essencial para permitir o diálogo.

Evita-se, portanto, um relativismo cultural absoluto, que legitima a segregação e isolamento de cada cultura. Uma vez que a estrutura social decorre do reconhecimento que não é possível se considerar isoladamente cada cultura, sendo constante as relações recíprocas entre elas, garante-se uma maior inclusão cultural. Conforme aponta Bruno Galindo:

Interculturalismo significa, mais do que a ideia de posição intermédia, a impossibilidade de exclusão cultural, protegendo o diálogo entre culturas, somente possível em uma perspectiva aberta e includente. A nossa preferência por utilizar a expressão interculturalismo em vez de multiculturalismo está fundamentada precisamente na defesa desse diálogo intercultural. Este, a seu turno, fomenta o reconhecimento das limitações de cada uma das culturas e a aproximação entre elas para pensarem o seu próprio desenvolvimento a partir de contribuições recíprocas.⁷¹

É patente a importância desse constante diálogo quando se analisa a questão dos direitos humanos frente ao relativismo cultural. Conforme visto, é necessária muita cautela na relação global/local quando se trata de direitos humanos, de modo a nem impor uma visão hegemônica de direitos - contrária às vontades dos indivíduos de certos grupos sociais -, tampouco permitir que práticas culturais permitam a perpetuação de violações de garantias básicas - o que afronta a ideia de universalidade dos direitos humanos. Nessa perspectiva, é apenas com o diálogo que se transpõe as barreiras entre o global/local, permitindo que assim os distintos atores interajam e, por meio do reconhecimento mútuo, possam adotar práticas benéficas aos indivíduos.

Mais que isso, considerando o diálogo intersistêmico, verifica-se a importância do interculturalismo no reconhecimento das divergências decorrentes de cada identidade cultural, o que pode provocar colisões, sem

⁷¹ GALINDO, Bruno César Machado Torre. **Constituição e Integração Interestatal: Defesa de Uma Teoria Intercultural da Constituição**. Dissertação (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004. p. 132.

que se afaste a possibilidade de contribuições recíprocas de cada distinta realidade. É possível, portanto, que mesmo em situações de conflitos intersistêmicos, os distintos polos, por meio da promoção do diálogo e do reconhecimento mútuo, construam a racionalidade transversal, permitindo a solução de seus conflitos.

Mesmo em casos de divergência entre órgãos de direitos humanos, é possível que, por meio do diálogo, distintas cortes constitucionais que adotaram decisões divergentes sobre uma temática possam buscar soluções adequadas a seus conflitos. Conforme será analisado em capítulo próprio, essa é uma das opções para a consolidação da interação intersistêmica dos Estados com a Corte Interamericana de Direitos Humanos - podendo servir para casos como o Guerrilha do Araguaia.

Para compreender quais mecanismos de diálogo são capazes de solucionar tal questão, bem como os desafios e riscos decorrentes de tais medidas, é preciso inicialmente conhecer acerca dos pormenores que envolveram o Caso Gomes Lund e Outros, bem como os motivos para as posições adotadas não apenas na esfera nacional, mas principalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, parte-se para uma análise mais aprofundada do referido caso, bem como da sentença da Corte Interamericana que derivou do mesmo.

4.3 CASOS GOMES LUND ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") E A INTERAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS

Durante o período da ditadura militar brasileira houve diversos movimentos de contestação e mesmo resistência armada ao regime militar. A euforia da propaganda do desenvolvimento econômico e crescimento nacional coexistiu com a supressão violenta de grupos contrários ao sistema vigente, principalmente durante os chamados anos de chumbo, por meio de um complexo aparato de repressão.

Uma das particularidades do período de exceção brasileiro é o que alguns historiadores o definem como uma aparência de legalidade do regime⁷².

⁷² Sobre o tema, ver: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001 e FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1996.

Com base em tal aparência, o governo preocupou-se em manter um discurso de manutenção das garantias constitucionais e legais - exemplo disso é a denominação do golpe de 1964 como revolução constitucional e a definição do regime como uma ditadura civil/militar -, buscando ocultar suas ações de autoritarismo e violência da opinião pública.

Nesse contexto, os eventos ocorridos na região do Araguaia durante a década de 70 do século XX ficaram, por muito tempo, alheios ao conhecimento da população brasileira. Mesmo o esforço de setores da sociedade e de Organizações não Governamentais em averiguar e divulgar os eventos ocorridos na região, apesar de ter tornado público a ação governamental, não foi capaz de motivar uma investigação oficial das violações perpetradas.

Com a Lei de Anistia e o modelo de redemocratização adotado no país, o Judiciário brasileiro adotou o posicionamento de impossibilidade de investigar, julgar e condenar os crimes cometidos na região do Araguaia, uma vez que estariam incluídos na noção ampla de anistia adotada no Brasil. Esse cenário motivou o acionamento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos que, inicialmente, por meio da Comissão Interamericana e, posteriormente, com a Corte, entendeu pela inobservância do Brasil das normas interamericanas de direitos humanos, obrigando o país não apenas a indenizar os familiares das vítimas da guerrilha do Araguaia, como também a efetivamente investigar e julgar os violadores de direitos humanos envolvidos no conflito.

A mais recente decisão da Corte Interamericana foi emitida em 24 de novembro de 2010, decisão essa contendo obrigações ao governo brasileiro que, até o presente momento, não foram plenamente cumpridas. Mais do que as eventuais indenizações aos parentes das vítimas, as quais já começaram a ser pagas, o principal ponto de divergência é quanto à aplicação da Lei de Anistia nacional, a qual, dentro da visão do STF, foi estruturada em conformidade com o ordenamento constitucional vigente à época e não possuiria vícios capazes de afastar sua aplicação.

O Caso Gomes Lund e Outros extrapola sua importância para as famílias das vítimas, as quais durante décadas tiveram o acesso a alguma forma de reparação negado, afetando a própria dinâmica da relação entre o

ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Tal decisão é importante não apenas por confirmar uma reiterada jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de interpretação e aplicação de leis de anistia no continente americano, mas por também permitir questionamentos acerca do posicionamento do sistema constitucional brasileiro frente a outros sistemas constitucionais.

Conforme analisado anteriormente, há uma crescente tendência de internacionalização dos direitos humanos, inclusive com a atuação de tribunais internacionais. Nesse contexto de maior interpenetração entre sistemas diversos em uma matéria sensível como direitos humanos, é necessário que o ordenamento brasileiro estruture uma racionalidade capaz de propor soluções eficientes para desafios como o decorrente do julgamento do caso Guerrilha do Araguaia.

4.3.1 Histórico

A oposição ao regime militar instituído em 1964 manifestou-se em diversas formas. Desde manifestações artísticas e culturais de indivíduos contrários à repressão do regime até a formação de organizações paramilitares de resistência que empregavam táticas de guerrilha urbana e rural. Nesse contexto, estima-se que durante 1967 e 1971, na região do rio Araguaia, houve a formação de um grupo de guerrilheiros ligado ao Partido Comunista do Brasil.

Acredita-se que os guerrilheiros do Araguaia adotaram uma inspiração maoísta de revolução a partir do campo para se instalarem na região e buscarem o apoio dos habitantes locais. No início da década de 70 cerca de 60 militantes estavam instalados na região, os quais, apesar de não estarem preparados para um confronto armado com as forças governamentais, se aproximavam das comunidades locais para obter apoio e difundir seu projeto de resistência ao regime.

Com a descoberta da guerrilha no início da década de 1970, durante o período de 1972 a 1974 foram organizadas três operações militares na região para confrontar a guerrilha. Em tais operações, além da repressão da população local para obter informações sobre os militantes, houve uma sistemática prática de atos de violência, como tortura, mutilações e execuções

sumárias. No final do ano de 1974 o último guerrilheiro havia sido capturado e mais de 60 integrantes da guerrilha foram executados ou desapareceram.

Uma vez suprimida a guerrilha, foi dado início a um processo de ocultação das ilegalidades praticadas na região do Araguaia. Em 1975 foi iniciada a chamada Operação Limpeza, que envolveu a destruição de registros, supressão da população local e retirada dos cadáveres dos guerrilheiros da região. Ainda assim, resquícios das operações foram sendo descobertos, principalmente devido a ação de amigos e familiares dos guerrilheiros que buscaram informações na região.

Com a Lei de Anistia e a redemocratização, o governo consolidou a posição de impossibilidade de investigar os atos praticados na região, que estariam abarcados na anistia. Ainda assim, familiares dos guerrilheiros permaneceram durante a década de 80 e 90 buscando vestígios na região, com o apoio de Organizações não Governamentais voltadas para direitos humanos.

Nesse contexto, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch/Americas, em nome das pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares, em 07 de agosto 1995, acionaram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio de petição à Comissão Interamericana, pedindo por uma intervenção junto ao governo brasileiro pelo direito a informação dos eventos ocorridos na região do Araguaia.

A Comissão Interamericana expediu um Relatório de Admissibilidade, conhecendo de sua capacidade para analisar a questão aventada, em 06 de março de 2001 e expediu um Relatório de Mérito em 31 de outubro de 2008, contendo recomendações ao Estado brasileiro acerca da questão debatida. O Brasil foi notificado em 21 de novembro de 2008, sendo dado a ele dois meses para informar quais as ações que estavam sendo tomadas para implementar as recomendações da Comissão.

Tendo sido consideradas insatisfatórias as medidas adotadas pelo Brasil, a Comissão Interamericana, em 26 de março de 2009, acionou a Corte Interamericana para julgar o feito. A sentença foi emitida em 24 de novembro de 2010, reconhecendo que houve uma violação às normas de direitos humanos do Sistema Interamericano e que o Brasil não havia implementado as

recomendações da Comissão, de modo que condenou o país a indenizar os familiares das vítimas e realizar uma investigação dos responsáveis pelas violações perpetradas, para tanto devendo, se necessário, afastar a Lei de Anistia.

Devido a importância de tal decisão, bem como a aparente incompatibilidade que ela apresenta perante a jurisprudência nacional sobre o tema, é importante analisar o conteúdo de tal sentença.

4.3.2 A Sentença do Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil

A decisão da Corte Interamericana baseou-se nas alegações da Comissão Interamericana e dos representantes das famílias das vítimas, bem como a oitiva de testemunhas, pareceres de peritos e escritos na qualidade de *amicus curiae*, e na defesa apresentada pelo Brasil. Antes de adentrar na questão dos desaparecimentos forçados ocorridos no contexto da guerrilha do Araguaia, a Corte Interamericana apreciou quatro exceções preliminares apresentadas pelo governo brasileiro.

Primeiramente, foi alegada a incompetência temporal da Corte para julgar a questão. Uma vez que os referidos desaparecimentos forçados, conforme mencionado acima, ocorreram na década de 1970 e que o Brasil apenas aderiu à jurisdição da Corte em 2002, reconhecendo sua competência para fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998, não haveria competência temporal do referido tribunal para analisar eventos ocorridos há mais de duas décadas antes do início de sua competência.

Sobre tal alegação, a Corte primeiramente considerou-se incompetente para analisar a alegação de execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, uma vez que os restos mortais foram identificados apenas em 1996, dois anos antes do início de sua competência. Em relação às alegações de desaparecimentos forçados, entendeu que não haveria que se falar em incompetência temporal, uma vez que tais violações de direitos humanos eram crimes continuados, as quais se perpetuavam no tempo caso não fossem buscados meios de informar sobre os paradeiros dos indivíduos vitimados. Nesse sentido, expressou a Corte:

(...) a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.⁷³

Assim, a Corte considerou parcialmente fundada a exceção preliminar, no que se refere à execução extrajudicial. Sobre os desaparecimentos forçados, porém, confirmou seu entendimento do caráter de crime continuado deles, o que abarcaria sua análise na competência temporal do tribunal.

Segundamente, houve a alegação de falta de interesse processual. Em tal exceção alegou-se que a Comissão Interamericana haveria levado o caso à Corte antes que o Brasil tivesse um tempo hábil para implementar as recomendações proferidas pela primeira, de modo que agiu sem considerar um lapso temporal adequado para a adoção de medidas pelo Estado. Sobre esse ponto, entendeu a Corte que, inicialmente, a escolha de levar um caso à Corte Interamericana é privativa da Comissão, não podendo tal decisão ser alegada como exceção preliminar, além disso, a Comissão atuou em conformidade com os prazos previstos na Convenção Americana, tendo inclusive prorrogado duas vezes o prazo para que o Brasil apresentasse relatório sobre o cumprimento das recomendações.

Em paralelo, o Brasil alegou também que o país havia tomado medidas de reparação em conformidade com o que foi apresentado nas recomendações da Comissão, de modo que não haveria interesse processual em levar a questão à Corte. Este tribunal entendeu que as medidas apresentadas pelo governo brasileiro estavam dentro da atuação no plano interno, não necessariamente influenciando a responsabilidade internacional existente. Como a Corte analisa violações à Convenção Americana, caso se verifique que os atos do país estão em descumprimento dessa convenção, é cabível a atuação da Corte Interamericana. Afastou, portanto, a exceção preliminar apresentada.

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, p. 10, parágrafo 17. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

Terceiramente, houve a alegação de falta de esgotamento dos recursos internos. O Brasil argumentou que a Comissão Interamericana levou a questão à Corte sem considerar que ainda estariam em curso diversos processos internos, dentre elas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Dois pontos da prática do Sistema Americano foram analisados nessa questão. De início, a Corte confirmou seu entendimento que o momento para definir o eventual esgotamento dos recursos internos para acionamento do Sistema Interamericano é quando da admissibilidade do procedimento perante a Comissão. Analisou, portanto, apenas os recursos existentes alegados pelo Brasil quando inquirido nessa data, desconsiderando os posteriores, dentre eles, a ADPF nº 153.

Em seguida, apontou a Corte a interpretação dada pela doutrina internacional para definir o esgotamento dos recursos internos. Entende-se que apenas podem ser considerados os recursos que sejam efetivos e venham sendo aplicados de forma célere, não sendo admitidos expedientes meramente protelatórios. Considerando que a ação em curso no Brasil alegada como recurso ainda não esgotado estava há mais de 19 anos sendo julgada sem uma decisão de mérito, entendeu a Corte que ela não poderia ser considerado um recurso apto para impedir a atuação do Sistema interamericano. Desse modo, afastou a exceção preliminar.

Quartamente, alegou o Brasil a regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Alegou que quando da atuação da Corte, estava em curso a ADPF nº 153/DF, que incumbiu o Supremo Tribunal Federal, a maior corte brasileira, em realizar uma interpretação da Lei de Anistia conforme a Constituição Federal brasileira de 1988, de modo que não caberia a atuação do Sistema Interamericano. Aduziu também que a decisão da referida ADPF entendeu pela conformidade da Lei de Anistia com a Constituição Federal, sendo uma etapa necessária no processo de redemocratização do país, de modo que não teria a Corte Interamericana competência para rever as decisões do STF, o que implicaria numa forma de quarta instância.

Entendeu a Corte Interamericana que havia exaurido na exceção anterior sobre a impossibilidade de enquadrar a ADPF nº 153 dentre uma ação cabível para alegar o não esgotamento dos recursos internos. Além disso,

aduziu que a ADPF é expediente para analisar a conformidade de uma norma ao texto constitucional, não reparar os danos sofridos pelas vítimas de violações de direitos humanos, além de apenas poder ser impetrada por indivíduos e órgãos específicos do ordenamento brasileiro, o que impediria o acesso dos familiares das vítimas à tal expediente processual, de modo que não poderia ser considerado recurso hábil a sobrestar a atuação do Sistema Interamericano.

Sobre a questão da quarta instância, entende a Corte Interamericana que suas decisões não se trata de uma revisão da sentença do STF. Isso porque, diferentemente da atuação do STF - que busca analisar o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a conformidade da referida lei com a hermenêutica constitucional vigente -, a Corte busca analisar a eventual violação às normas internacionais de direitos humanos, primariamente o Pacto de San José.

A análise é da convencionalidade das leis internas frente aos pactos de direitos humanos, conforme explicita a Corte:

No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 infra), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana.⁷⁴

Não há que se falar de quarta instância na atuação da Corte Interamericana, ou de qualquer tribunal internacional. É certo que os mesmos por vezes analisam temas que também passaram pela averiguação de cortes maiores dos Estados, porém o foco da análise de cada tribunal é distinto, não sendo uma questão de hierarquia entre as atuações, mas de conformação em suas interpretações. Nas palavras de Cançado Trindade:

Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes - as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos - não 'substituem' os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, p. 20, parágrafo 49. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.⁷⁵

Dando prosseguimento nos trâmites processuais e analisadas as provas presentes, entendeu a Corte Interamericana pela condenação do Estado Brasileiro. Entendeu inicialmente que a Lei de Anistia impediria a investigação e sanção das violações de direitos humanos praticadas no referido período, o que é incompatível com a Convenção Americana, de modo que não poderia ser alegada para obstar a investigação e punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas no contexto da guerrilha do Araguaia.

Além disso, considerou que o Brasil era responsável pelos desaparecimentos forçados ocorridos em tal contexto, bem como o direito ao acesso às informações e cumprimento das garantias judiciais por parte dos familiares das vítimas, o que importa em violação ao Pacto de San José. Entendeu que o Estado deixou de adequar suas normas internas às dispostas na Convenção Americana, o que o torna responsável internacionalmente pelas violações de direitos humanos perpetradas por seus agentes.

Com base nessa responsabilização, condenou o Brasil em uma série de medidas a serem adotadas. Além da responsabilidade no pagamento de uma indenização por dano material, imaterial e por restituição de custas e gastos às famílias das vítimas, condenou em uma série de medidas positivas a serem adotadas pelo Estado Brasileiro. Dentre elas, buscar e divulgar as informações concernentes às violações de direitos humanos ocorridos durante a guerrilha do Araguaia e durante o regime militar, divulgando publicamente tais informações, bem como reconhecer publicamente a responsabilidade internacional do Estado acerca dos fatos ocorridos.

Talvez um dos pontos de maior divergência, condenou o Brasil também a buscar a investigação penal dos fatos ocorridos na região, adotando as condenações penais cabíveis por eventuais crimes perpetrados por agentes governamentais. Percebe-se que essa disposição entra em contraposição clara com a Lei de Anistia brasileira, que garantiu a anistia a qualquer crime político ou conexo - conexão essa que foi entendida em um conceito bastante amplo,

⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul/dez, 1993. p. 33.

conforme decidido pelo STF quando do julgamento da ADCT nº 153/DF -, o que aviva o debate acerca do cumprimento da decisão da Corte.

Conforme analisado anteriormente, o STF manifestou, quando do julgamento da ADPF nº 153/DF, que não poderia alterar uma lei devidamente recepcionada pelo ordenamento constitucional brasileiro sem ferir o princípio da separação dos poderes. Há também a questão de que o Executivo brasileiro, representado por seus ministérios responsáveis pelo cumprimento da sentença da Corte, manifestaram-se pelo cumprimento da sentença, porém também encontram dificuldades em razão do princípio da separação de poderes. Conforme analisa Marcelo Torely, Paulo Abrão e Leigh Payne:

Por outro lado, esse fechamento de portas da Justiça nacional levou o país à recente condenação em dezembro de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que entendeu que a Lei da 1979 configura-se como uma autoanistia para os agentes do regime e, mais ainda, funciona como um mecanismo de impunidade frente a graves violações de direitos humanos não passíveis de anistia segundo a Convenção de San José da Costa Rica. Em seu acórdão, a Corte não apenas considerou ilegal e nula de qualquer efeito a Lei de Anistia para o caso em análise (Caso nº 11.522, *Gomes Lund e outros versus Brasil*, mais conhecido como caso "Guerrilha do Araguaia"), como estabeleceu que a mesma lei não poderia obliterar a investigação e o processamento de qualquer outro crime de Estado. O Ministério das Relações exteriores brasileiro manifestou-se no sentido de dar cumprimento à sentença, mas, não obstante, restam severas dúvidas sobre qual a margem de ação possível no caso concreto sem violar-se o preceito da separação dos poderes.⁷⁶

Assim, percebe-se que há uma responsabilidade internacional do Estado brasileiro que passa por grandes desafios para sua solução. Buscar soluções extremadas, que de alguma forma imponham um ponto de vista sem o diálogo com os demais é uma decisão arriscada, que deixa de levar em consideração diversas nuances sociais e culturais as quais são essenciais para entender certos posicionamentos nacionais, conforme anteriormente analisado. De outra sorte, a imposição de uma posição implica em certo grau de negação de um dos polos do sistema, o que pode levar a uma fragmentação sistêmica que não apenas interrompa o diálogo existente, mas impeça a implementação da proteção de direitos humanos almejada por todos.

⁷⁶ PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELY, Marcelo D.. **A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro** in **A anistia na era da responsabilização** : o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.p.23

Uma vez que a relação é horizontal e se aperfeiçoa por meio do diálogo intersistêmico, conforme analisado pelo transconstitucionalismo, é necessário se buscar pontos de conexão entre posicionamentos que, a princípio, possam parecer divergentes. É sabido que o Estado brasileiro vem mostrando uma crescente preocupação com a garantia dos direitos humanos, o que se reflete também na atuação de seus Poderes, o que converge com os ideais defendidos pelo Sistema Interamericano, notadamente por meio das manifestações da Corte Interamericana. É preciso, portanto, apesar das contradições existentes, buscar pontos que permitam o diálogo.

4.3.3 A interação entre sistemas no Caso Guerrilha do Araguaia

A sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund e Outros confirma uma jurisprudência que vem sendo sedimentada acerca da utilização de leis de anistia para afastar a aplicação das normas presentes no Sistema Interamericano. Conforme anteriormente analisado, a Corte tem solidificado o entendimento que leis domésticas, apesar de poderem ser consideradas legítimas e gerarem obrigações no âmbito interno, não podem ser alegadas para afastar obrigações internacionais assumidas em convenções, devendo ser feito no caso do Sistema Interamericano um controle de convencionalidade entre tais normas internas e a Convenção Americana.

O controle de convencionalidade é um mecanismo de interação entre ordens jurídicas distintas, permitindo que o sistema nacional e internacional interaja para harmonizar suas normas. Todavia, como qualquer mecanismo, seu funcionamento depende bastante de quem é seu operador e qual hermenêutica empregada para interpretar a convencionalidade das normas. O caso guerrilha do Araguaia demonstra como operadores distintos podem interpretar as normas dos sistemas de forma diversa, o que requer uma forma distinta de interação e diálogo da empregada em um ordenamento jurídico hermético.

É necessário considerar que a divergência na interpretação dada no âmbito interno brasileiro frente à da Corte Interamericana não pode ser embasada unicamente, como defendem alguns autores, numa posição defensiva e soberanista do Brasil em matéria de direitos humanos. Conforme abordado anteriormente, é visível e verificável o adensamento do tratamento

dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, havendo uma crescente interação com a esfera internacional, o que reflete também na relação brasileira com o Sistema Interamericano.

A preocupação com a soberania vem sendo crescente relativizada por uma visão cada vez mais consolidada de proteção do indivíduo no tema, o que condiz com a doutrina internacional de direitos humanos. Tal posicionamento não se verifica apenas no plano normativo, sendo também adotado cada vez mais nos tribunais nacionais. Nesse sentido, é possível verificar tal fato também no STF, conforme deduz-se do voto do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 90.450/MG, conforme transcrito:

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.⁷⁷

Tal preocupação reproduz-se em diversos outros julgados da suprema corte em matéria de direitos humanos, o que confirma um movimento de relativização de posições soberanistas pretéritas. Não há, portanto, uma dicotomia inflexível entre a abordagem brasileira dos direitos humanos com a visão dos organismos do Sistema Interamericano, afinal, caso ambos os sistemas fossem totalmente excludentes não haveria mecanismos para qualquer tipo de diálogo, o que levaria a uma negação mútua que impossibilitaria uma interação racional.

Em verdade, há uma interação entre as distintas ordens jurídicas, conforme aponta o transconstitucionalismo. A existência de pontes de conexão entre os sistemas pode ser verificada nos diversos diálogos entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano, porém, há talvez ainda desafios na utilização dessas pontes quando há fatores responsáveis por abordagens diferentes em temas comuns.

Os direitos humanos não podem ser interpretados exclusivamente tomando por base suas normas positivadas. Há uma grande influência de aspectos sociológicos e culturais na aplicação de tais direitos, o que dificulta uma tentativa de homogeneização, visto que grupos distintos podem ter

⁷⁷ HC 90.450 / MG. Voto do Ministro Relator Celso de Mello. p. 366. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>

opiniões bastante diversas sobre a aplicação de certas garantias fundamentais. Todavia, as dificuldades do relativismo cultural existente, conforme analisado anteriormente, não devem ser justificativas para impedir um mínimo de garantias básicas.

É uma questão complexa ponderar quais os limites entre a promoção ampla dos direitos humanos e a imposição de regras contrária a valores culturais locais, principalmente quando há diversos atores pertencentes a sistemas diversos envolvidos na promoção de tais direitos. Assim, não é difícil compreender o surgimento de opiniões divergentes ou mesmo antagônicas sobre certos temas, sem que isso implique na rejeição de qualquer parte do sistema à promoção dos direitos humanos como um todo.

A importância das pontes de transição e na formação de canais efetivos de diálogo entre os distintos polos está na busca de mecanismos para superar tais antagonismos, de modo que possa surgir uma solução aos problemas efetiva a todos os sistemas envolvidos e que permita a promoção dos direitos humanos de forma mais igualitária.

No caso da Guerrilha do Araguaia, o que se busca é uma solução que permita um diálogo efetivo entre a posição adotada pelo governo brasileiro e a esposada na sentença da Corte Interamericana. Nesse sentido, é interessante analisar o voto de Roberto de Figueiredo Caldas, que à época da decisão era juiz *ad hoc* da Corte e em fevereiro de 2013 tomou posse como juiz permanente, sendo o segundo brasileiro a ocupar tal posição. Aponta o referido juiz ao final de seu voto:

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.⁷⁸

Não há dúvida, porém, é necessário haver a punição a violadores de direitos humanos e que nenhum Estado deve permitir a manutenção de impunidades, porém a implementação desses ideais requer profundos debates.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Voto do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas na sentença de 24 de novembro de 2010, p. 08, parágrafo 31. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

O conteúdo de uma decisão internacional, principalmente quando tal decisão diverge do posicionamento estabelecido pelo Judiciário de um Estado, pode conter elementos que, numa primeira análise, sejam conflitantes com o ordenamento jurídico nacional do país envolvido. Desse modo, é necessário muitas vezes uma maior análise desses elementos, de modo a sanar eventuais dúvidas e dirimir posições conflitantes, o que permite a aplicação da decisão.

O diálogo entre uma corte internacional e um Estado ocorre por meios próprios, de maneira distinta a como ocorreria na relação do país com um tribunal interno, de modo que é necessário conhecer as particularidades do sistema em questão. Uma vez sendo conhecidos os meios de diálogo entre os distintos polos do sistema, é possível haver a solução de impasses e a convergência de ideias para permitir que o conteúdo da decisão do tribunal internacional esteja em harmonia com as diretivas do ordenamento jurídico interno do país.

No caso da aplicação dos direitos humanos, tal diálogo é especialmente importante para permitir que se busquem soluções a eventuais divergências de opiniões decorrentes de aspectos sociais e culturais. É certo que aspectos extrajurídicos afetam a formação de um posicionamento jurisprudencial, todavia é necessário buscar mecanismos para evitar que tais posicionamentos prejudiquem a racionalidade jurídica presente na interação entre sistemas, o que afastaria a segurança jurídica e prejudicaria a preservação das garantias fundamentais.

É nesse contexto que se percebe a importância de buscar mecanismos de diálogo capazes de solucionar os eventuais impasses surgidos no Caso Gomes Lund, beneficiando não apenas as partes diretamente envolvidas, mas a própria interação do Brasil com o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. A importância dessa solução está tanto na confirmação de um entendimento sobre o tema existente na Corte Interamericana, quanto na busca de meios para permitir que o Brasil busque solucionar eventuais passivos ainda existentes dentro do país envolvendo os atos praticados durante o regime militar.

Destarte, cabe analisar como é possível haver o diálogo entre as cortes, de modo a permitir a correta aplicação de uma solução ao Caso Guerrilha do Araguaia. Há diversas abordagens possíveis para o tema, mas é

possível observar alguns mecanismos existentes como ferramentas efetivas para permitir uma maior aproximação que estimule tal diálogo.

4.4 DIÁLOGO DAS CORTES E A APLICAÇÃO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Não resta dúvida que há inúmeros desafios para garantir a convergência plena entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Conforme analisa Marcelo Neves, para haver a interação harmônica entre sistemas constitucionais distintos é necessário a formação de "pontes de transição" que permitam a conexão entre ordens horizontalmente coordenadas.

Mais que isso, a conexão entre os sistemas é fundamental para a harmonização de linguagem entre sistemas jurídicos distintos, ponto essencial para garantir a adequada compreensão e interpretação dos comandos enviados por cada um. Sem a estruturação de uma linguagem comum, há o constante risco de falhas de interpretação, as quais levam a uma fragmentação nas possíveis conexões sistêmicas, tornando impossível a manutenção de uma estrutura racional de diálogo entre os distintos polos.

É sabido que não há respostas simples para como estruturar pontos de conexão estáveis e capazes de garantir a interação entre sistemas sem conflitos. Como foi abordado no tópico anterior, a matéria de direitos humanos é pluridimensional, sendo bastante influenciada por aspectos culturais e sociológicos, de modo que, mesmo com uma linguagem jurídica relativamente uniforme, a interpretação dela nem sempre é uniforme. Desse modo, em questões onde há uma divergência interpretativa, é comum a ocorrência de colisões.

A existência de colisões entre os sistemas, contudo, não implica necessariamente em uma eventual fragmentação sistêmica. Quanto maior e mais intenso o fluxo de transição entre os ordenamentos distintos, maior é a possibilidade de ocorrência de colisões que, devidamente analisadas e solucionadas, não implicam em um ciclo entrópico, mas sim em um fortalecimento das "pontes de transição".

A relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conforme visto anteriormente, passou por

um progressivo aumento nos últimos anos, o que de um lado permitiu a maior integração do país ao referido sistema, porém, de outro, contribuiu para o surgimento de eventuais conflitos, especialmente no que se refere às decisões da Corte Interamericana.

Hodiernamente, é possível analisar que o Brasil lida com os efeitos do maior fluxo com o Sistema Interamericano. O principal ponto de colisão atual é, sem dúvidas, a aplicação da sentença da Corte no caso *Guerrilha do Araguaia*, onde não há ainda uma uniformização entre o teor da decisão e as medidas adotadas pelo ordenamento brasileiro. Uma vez que apenas é possível se falar de coordenação entre sistemas, não havendo estruturas capazes de definir um contexto de subordinação, a solução deve surgir a partir de uma cooperação de ambos os sistemas.

Assim, inicialmente é necessário analisar que mecanismos podem ser empregados para multiplicar e adensar as "pontes de transição", de modo que haja um diálogo constante intersistêmico, capaz de evitar conflitos antes mesmo que eles surjam.

É nesse contexto que André de Carvalho Ramos, em sua obra "*O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*"⁷⁹ expõe a ideia do "Diálogo das Cortes", onde haveria uma constante troca de informações entre as cortes, especificamente o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que permitisse a maior uniformização das decisões e cumprimento por parte de ambas de sua função em garantir o fiel cumprimento dos direitos humanos.

Analisando especificamente os possíveis mecanismos já existentes para garantir esse diálogo, é possível observar que os Estados americanos dispõem de um meio bastante efetivo para conhecer da interpretação da Corte Interamericana das mais diversas normas referentes a direitos humanos: as opiniões consultivas da Corte. Esses pareceres consultivos podem ser requeridos por qualquer Estado integrante do Sistema Interamericano e não se restringem às regras dele, podendo se referir a qualquer norma que trate de direitos humanos.

⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

A importância da opinião consultiva vai além de uma consulta prévia para conhecer uma interpretação específica da Corte, o que pode ser empregado para evitar condutas que possam levar a investigações e condenações futuras, podendo ser utilizado como mecanismo para harmonizar a legislação interna em matéria de direitos humanos. Quanto mais harmônica são as normas dos sistemas distintos, maior é a possibilidade de conexão entre eles.

A utilização desse mecanismo revela-se especialmente útil quando se analisa que as opiniões não se limitam a apontar quais normas são aplicáveis no contexto interamericano, como ocorre em maior medida nas sentenças da Corte, sendo meios de averiguar qual a interpretação da Corte de qualquer norma de direitos humanos. Conhecer a interpretação da Corte Interamericana permite a adequação da hermenêutica brasileira em diversos níveis. Inicialmente, o efeito mais explícito é conhecer o posicionamento da Corte em dada matéria. Há, contudo, um efeito subjacente: a harmonização de linguagem entre os sistemas.

Com o maior fluxo de opiniões interpretativas entre os sistemas, há uma tendência a que não apenas se utilize uma linguagem mais próxima entre as distintas cortes, mas também que as diferenças na interpretação da linguagem, decorrentes das diferenças culturais e sociológicas, diminuam. Um adensamento no diálogo é um dos meios mais propícios para garantir a coordenação entre polos distintos, o que evita o surgimento de colisões, bem como garante que tais colisões sejam solucionadas de forma efetiva, sem permitir que ocorra uma fragmentação sistêmica.

Assim, inicialmente é necessário analisar a ideia de "Diálogo das Cortes" e como tal mecanismo pode contribuir para o futuro da interação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A presença brasileira no Sistema Interamericano é cada vez maior, o que requer uma maior interação pautada no diálogo, de modo a solucionar os futuros desafios. Diversos poderes e órgãos brasileiros devem atuar nesse contexto, porém sem dúvidas a efetividade desse diálogo repousa em grande medida na possível cooperação com o Judiciário.

Nesse contexto, observando a necessidade cada vez maior de um diálogo sistêmico, deve haver uma análise mais demorada no mecanismo das

opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua efetividade para permitir uma harmonização hermenêutica. O conhecimento da interpretação de um tribunal acerca de um tema é um mecanismo de patente importância para o adensamento do diálogo entre cortes em diversos níveis.

Não é simples falar na construção de "pontes de transição" em um tema onde pode haver diversos pontos de divergência, como é o caso de direitos humanos. Quanto mais aprofundada é a análise da matéria de direitos humanos, mais há espaço para dissensos, especialmente quando a análise deriva de órgãos pertencentes a sistemas distintos. Desse modo, não há solução absoluta ou caminho inquestionável para as eventuais colisões entre os sistemas. É certo, contudo, que caso se almeje a manutenção na interação entre os sistemas, com toda sua complexidade e possibilidade de conflitos e cooperações, é necessário se buscar alternativas racionais para dirimir conflitos. Sem a procura por tais soluções, surge o risco de uma negação mútua entre os sistemas, o que impossibilita qualquer diálogo e, conseqüentemente, qualquer interação efetiva.

4.4.1 Diálogo Jurídico: meio de interação recíproca

O diálogo é uma necessidade premente em um sistema jurídico democrático, onde as decisões partam não apenas da vontade impositiva de um número reduzido de indivíduos imbuídos da positivação do Direito, mas sim da relação entre os juízes e a sociedade, reconhecendo-se mutuamente para aplicar uma ideia de justiça coerente com os valores sociais aplicáveis. No âmbito central da prática do diálogo jurídico, há o diálogo constitucional, onde as normas fundamentais do ordenamento jurídico não são aplicadas como conceitos estáticos e imutáveis, mas são resultado de diálogos em diversos níveis. Assim, conceitua Roberto Niembro Ortega:

(...) diálogo constitucional como um intercâmbio de razões em pé de igualdade na qual nenhum dos interlocutores tem a última palavra, ou seja, como uma prática racional e comunicativa na qual os juízes (mas não apenas eles) escutam e a sua vez respondem. Esta prática implica considerar atentamente e detidamente os prós e contras dos motivos de uma decisão, assim como as razões para adotá-la. Quer

dizer, se trata de um intercâmbio e valoração de razões sobre um curso de ação. (tradução nossa)⁸⁰

Pode-se verificar a realização do diálogo em dois níveis. Há o diálogo vertical, onde é observada uma hierarquia entre as opiniões de cada tribunal, de modo que as decisões das esferas superiores são imperativas e vinculantes perante as esferas inferiores. Exemplo disso verifica-se no ordenamento jurídico nacional quando um tribunal superior pacifica uma dada matéria, a qual passa a ser o paradigma jurisprudencial, fazendo com que interpretações divergentes dessa matéria dos demais tribunais sejam rejeitadas ou reformadas.

Por outro lado, há também o diálogo horizontal, onde as interpretações de cada tribunal possuem o mesmo valor, sendo possível haver tanto coincidência de opiniões, como divergência, sem que isso implique na necessidade de rejeitar qualquer das interpretações. Tribunais de mesma esfera hierárquica realizam o diálogo horizontal, à medida que as interpretações de uma corte podem influenciar e fundamentar decisões dos demais, não por uma obrigação hierárquica, mas por uma convergência de entendimento.

Analisando a questão do diálogo entre cortes nacionais, especialmente as cortes superiores, e tribunais internacionais, verifica-se que definir eventuais hierarquias entre as decisões é um tema sensível de muitos questionamentos. Conforme analisado, há a necessidade de cumprir as decisões dos tribunais internacionais e honrar os tratados internacionais que reconhecem a jurisdição dessas cortes, todavia é possível que o posicionamento desses tribunais em certas matérias colida com o posicionamento das cortes nacionais.

Uma solução para tal colisão, conforme defendido por parte da doutrina, é aplicar o diálogo vertical, onde a interpretação dos tribunais

⁸⁰ ORTEGA, Roberto Niembro. **Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales** in *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 120. No original: (...) diálogo constitucional como un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden. Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción.

internacionais vincule o posicionamento dos tribunais nacionais dos países que reconhecem sua jurisdição. Essa visão, entretanto, coloca os tribunais internacionais em uma posição hierárquica que não corresponde à realidade do atual Direito Internacional, além de transmutar esses tribunais em últimas instâncias dos ordenamentos jurídicos nacionais, o que não está entre as atribuições de nenhuma corte internacional existente hodiernamente.

Outra visão é a adoção de um diálogo horizontal, permitindo que as decisões internacionais e nacionais coexistam e até mesmo contradigam-se, porém, sempre buscando pontos de conexão capazes de manter um diálogo racional sobre um mesmo tema. Em matéria de direitos humanos, há especial preocupação em garantir esse diálogo, de modo que seja possível buscar sempre a decisão mais benéfica ao indivíduo, corolário da proteção de direitos humanos atual, e permitir que haja o cumprimento das decisões das cortes internacionais de direitos humanos sem que haja a imposição de regras estranhas aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Transpondo a visão de Aida Torres em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia para o contexto americano, Roberto Ortega traz como benefícios da aplicação do diálogo horizontal nas relações dos tribunais americanos com a Corte Interamericana:

Dito diálogo, que se desenvolve no tempo e cujo resultado interpretativo não deve se considerar como fixo, pode trazer os seguintes benefícios: (a) a obtenção de resultados mais racionais para a comunidade em seu conjunto, na medida que promove o conhecimento e o entendimento dos interesses e valores em conflito, integrando diferentes vozes e perspectivas; (b) a promoção da participação dos membros, o que permite considerar a interpretação como um resultado compartilhado; (c) a ajuda à construção de uma identidade comum e a facilitação da interação em um contexto de pluralidade, e (d) o tomar o conflito como uma oportunidade para alcançar interpretações a nível supranacional que possam acomodar de melhor maneira os valores e sensibilidades de todos os participantes.⁸¹

⁸¹ *ibden.* p. 125-126. No original: Dicho diálogo, que se desarrolla en el tiempo y cuyo resultado interpretativo no debe considerarse como fijo, puede arrojar los siguientes beneficios: (a) la obtención de resultados más racionales para la comunidad en su conjunto, en tanto promueve el conocimiento y el entendimiento de los intereses y valores en conflicto, integrando el conocimiento y el entendimiento de los intereses y valores en conflicto, integrando diferentes voces y perspectivas; (b) la promoción de la participación de los miembros, lo que permite considerar a la interpretación como un resultado compartido; (c) el ayudar a la construcción de una identidad común y facilitación de la interacción en un contexto de pluralidad, y (d) el tomar el conflicto como una oportunidad para alcanzar interpretaciones a nivel supranacional que puedan acomodar de mejor manera los valores y sensibilidades de todos los participantes.

Assim, observa-se que buscar meios garantidores de um diálogo horizontal é um mecanismo para permitir que cortes internacionais de direitos humanos e tribunais nacionais possam convergir na interpretação de certas normas de direitos humanos. Esse diálogo é especialmente necessário em contextos em que se verifica que essa convergência é difícil, havendo inclusive um posicionamento contraditório entre a esfera nacional e a internacional. Trazendo essa análise para o contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que é possível observar alternativas para adensamento desse diálogo e permitir uma aplicação mais harmônica dos direitos humanos.

4.4.2 Diálogo das Cortes

A interação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos implica, efetivamente, na interação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Considerando ambos os sistemas como ordens dotadas de normas de caráter constitucional, apesar de apenas o ordenamento brasileiro possuir uma constituição em sentido estrito, percebe-se que ambas as cortes são os guardiões maiores de tais normas constitucionais.

Inicialmente, é importante notar a importância da Corte Interamericana não apenas como órgão do Sistema Interamericano capaz de proferir decisões com caráter vinculante, fato que por si só já possui grande repercussão, mas também como principal intérprete do Pacto de San José da Costa Rica e outras normas referentes a direitos humanos. A importância do exercício hermenêutico da Corte é patente, visto que, distintamente de ordenamentos jurídicos nacionais, o Sistema Interamericano não dispõe de órgãos fracionários para proferir decisões e paulatinamente constituir entendimentos jurisprudenciais. Desse modo, é possível dizer que muito da interpretação das normas pertencentes ao Sistema Interamericano derivam diretamente da jurisprudência, contenciosa ou consultiva, da Corte Interamericana.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal possui importância redobrada em matérias de direitos humanos envolvendo o contexto americano. De início, é importante frisar que o Supremo Tribunal Federal é o guardião

maior da Constituição Federal brasileira e que diversas normas de direitos humanos estão expostas no texto constitucional, ou a ele foram equiparadas ao se incluírem no bloco de constitucionalidade, conforme analisado anteriormente. Desse modo, quando uma questão de direitos humanos é levada à análise do Judiciário não raro ela é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, é importante notar uma particularidade da atuação contenciosa do Sistema Interamericano. Em sua grande maioria, apenas é possível levar uma matéria para ser apreciada pela Comissão de Direitos Humanos e posteriormente pela Corte quando forem exauridos os meios internos para solução da questão, ou a demonstração inequívoca de que os meios internos eram meramente protelatórios ou não houve um interesse nacional em resolver a questão em tempo hábil. Como mencionado, muitas matérias referentes a direitos humanos são levadas para última análise perante o Supremo Tribunal Federal, de modo que, recorrentemente, a decisão da Corte Interamericana ocorre analisando a atuação do Supremo.

Somando-se a esse fato, há a questão dos efeitos das sentenças produzidas por um tribunal internacional. Conforme consolidado no direito internacional, as decisões emitidas por uma corte internacional, via de regra, possuem efeitos imediatos perante as partes envolvidas, não havendo um processo de internalização por parte dos Estados de tais sentenças, como é o caso quando da aplicação de sentenças estrangeiras. Desse modo, quando há uma decisão da Corte Interamericana que de algum modo gere obrigações ao Brasil, surge desde logo a obrigação do país em cumpri-la, sob o risco da responsabilização internacional em hipóteses de descumprimento.

Uma vez que não há qualquer mecanismo de internalização dessas sentenças, percebe-se que não há um controle jurisdicional das decisões da Corte Interamericana por nenhuma corte brasileira, mesmo o Supremo Tribunal Federal. Assim, a eventual decisão de não cumprir com os termos de uma sentença da Corte Interamericana não é um ato jurídico, mas político, pois apenas há possibilidade de apreciar novamente a matéria no processo do Sistema Interamericano, não no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se, portanto, que há uma profunda interação entre ambas as Cortes, não apenas por desempenharem funções não muito distintas em

matéria de direitos humanos em seus respectivos sistemas, como também por muito da atuação do Sistema Interamericano basear-se no que foi decidido no Supremo Tribunal Federal. A atuação das cortes internacionais em matérias tradicionalmente analisadas exclusivamente por cortes nacionais é crescente, conforme analisa Marcelo Dias Varella:

(...) Como a progressão da competência dessas cortes sobre o direito voluntário está em plena expansão, o número das atividades tipicamente internas aos Estados que se vêem submetidos às cortes internacionais está crescendo. Portanto, cada vez mais os tribunais internacionais controlam as atividades quotidianas dos Estados, nas disciplinas mais diversas e mais corriqueiras, e, conseqüentemente, os indivíduos.⁸²

Portanto, são vários os pontos passíveis de análise por ambas as cortes. É essencial ressaltar mais uma vez que a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal por parte da Corte Interamericana não envolve qualquer relação hierárquica, tratando-se de uma relação de coordenação, não subordinação. Não há qualquer norma em ambos os sistemas que defina a atuação da Corte como uma nova alçada recursal acima da atuação do Supremo, última instância no ordenamento brasileiro em matéria constitucional, de modo que não é possível se buscar, por meio da Corte Interamericana, uma revisão recursal do que foi decidido no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, é possível surgir o questionamento de qual a relação entre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e as eventuais decisões da Corte Interamericana em um mesmo tema. Sem adentrar profundamente no tema, visto tratar-se de questão ainda muito debatida na doutrina e com posicionamentos diversos, é possível observar que são decisões distintas e que podem coexistir, podendo cada qual gerar obrigações ao Brasil.

Desse modo, pode o STF decidir por gerar uma obrigação e a Corte Interamericana entender por ampliar tal obrigação, sem que isso implique na desconstituição da decisão proferida no STF. O principal problema, contudo, surge quando ambas as cortes apresentam decisões antagônicas, divergindo sobre a interpretação refere a um mesmo ponto. Uma vez que a solução

⁸² VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional** in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set, 2005. p. 154.

hierárquica recursal inexistente, conforme largamente apontado, é necessário buscar o diálogo entre as cortes.

É principalmente nesse tipo de situação em que surge a necessidade de adensamento do diálogo das cortes. A aproximação e eventual uniformização da interpretação entre ambos os tribunais permite que se evite um posicionamento divergente entre os mesmos, o que ocasiona uma colisão entre os sistemas. Uma vez que a proteção dos direitos humanos deve ser objetivo maior de ambas as cortes, a cooperação, não o conflito, é uma necessidade premente. Assim aponta André de Carvalho Ramos ao dizer:

Por isso pugnamos por um *diálogo entre as Cortes*, uma vez que ambas - STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos - cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais.⁸³

Um mecanismo sugerido pelo referido autor para adensar o diálogo entre as cortes é, a exemplo do que atualmente existe no MERCOSUL - o Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL - a formação de foro ou secretaria permanente que agregue não apenas o Judiciário, mas os demais poderes e órgãos de alguma forma relacionados à proteção de direitos humanos no Brasil. Percebe-se a efetividade de tal mecanismo como "ponte de transição", visto que se criaria um canal permanente de diálogo entre as instituições brasileiras e a Corte Interamericana, o que permitiria uma maior harmonização na temática de direitos humanos.

Tal mecanismo apresenta especial utilidade quando se considera o adensamento do diálogo entre o STF e a Corte Interamericana. Seguindo o exemplo do Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL, que já teve dez edições onde se debateu, inclusive, a defesa regional dos direitos humanos, um encontro regular entre supremas cortes de países integrantes do Sistema Interamericano permitiria não apenas a aproximação das mesmas com os órgãos desse Sistema, notadamente a Corte Interamericana, mas também um intercâmbio de experiências e conhecimentos entre países de um mesmo

⁸³ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 849.

contexto regional e que, em certa medida, apresentam similitudes culturais no tratamento dos direitos humanos.

Ressalte-se que a maior interação da Corte Interamericana com as distintas ordens jurídicas americanas, representadas por suas cortes maiores, em um contexto distinto da apreciação de um litígio contribuiria também para uma maior aproximação com as particularidades culturais de cada sistema. Desse modo, seria possível aproximar mais as distintas realidades culturais presentes no continente americano e buscar, gradualmente, uma maior uniformização no tratamento dos direitos humanos na região.

Todavia, a criação de um foro ou secretaria permanente de diálogo com a Corte Interamericana, apesar de mecanismo bastante efetivo para criar "pontes de transição" e adensar o diálogo entre as cortes tem maior efetividade para evitar futuras colisões, não solucionar colisões já existentes. É inegável a importância de uma paulatina aproximação entre os distintos sistemas de direitos humanos, principalmente tomando por referência as particularidades de cada um, porém, uma vez que um conflito já tenha se instaurado e esteja em curso, torna-se necessário a aplicação de um mecanismo mais célere e que permita dirimir dúvidas ou antagonismos em pontos específicos.

Some-se a isso o fato de que a formação de um fórum ou secretaria permanente envolve uma negociação política entre os interessados nem sempre célere. As negociações internacionais para a consolidação de tais mecanismos podem demorar anos e encontros podem ocorrer com uma regularidade espaçada, o que apesar de ser efetivo para uma construção gradual da aproximação entre as cortes, não apresenta grandes impactos em casos concretos que estejam em curso.

No Sistema Interamericano há, contudo, um mecanismo capaz de garantir um maior diálogo entre a Corte Interamericana e qualquer Estado-membro, inclusive para discutir pontos específicos de normas debatidas em processos em curso, são as opiniões consultivas emitidas pela Corte. Esse mecanismo de jurisdição não contenciosa, artifício que nas últimas décadas vem ganhando crescente espaço no direito internacional e sendo utilizado por diversos tribunais internacionais, inclusive o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, está disponível desde a instituição da Corte Interamericana,

podendo ser requerido por qualquer Estado parte da Organização dos Estados Americanos.

A necessidade de um aprimoramento no diálogo das cortes é verificável com a crescente interação do Brasil com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente com a Corte Interamericana. Os desafios para lidar com esse maior fluxo entre os sistemas requerem um aprimoramento dos mecanismos de diálogo, de modo a consolidar as citadas "pontes de transição" e oferecer alternativas para solucionar as eventuais colisões surgidas.

São diversos os meios de diálogo que podem ser instituídos. A exemplo do que defende André de Carvalho Ramos, a criação de um fórum ou secretaria permanente se mostrou uma experiência bastante bem-sucedida no MERCOSUL, podendo ser aplicado também no contexto do Sistema Interamericano. Destarte, merece uma atenção especial o mecanismo já existente e em funcionamento da aplicação da jurisdição não contenciosa da Corte Interamericana por meio de suas opiniões consultivas.

4.4.3 Opiniões consultiva: Posicionamento jurisprudencial e harmonização de linguagem

A aplicação da jurisdição não contenciosa de tribunais internacionais por meio de pareceres e opiniões consultivas não é instituto recente, podendo ser citada sua previsão desde o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em 1945. No contexto do Sistema Interamericano, a previsão das opiniões consultivas está expressa no artigo 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Jose, nos seguintes termos:

Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar à Corte acerca da interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Em adição a isso, poderão consultar-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, sob a solicitação de um Estado membro da Organização, poderá dar-lhe opiniões acerca da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.⁸⁴

⁸⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ). p. 20. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. No original: Artículo 64 1. Los

Percebe-se, portanto, que as opiniões consultivas podem ser requeridas para dois fins. Primeiro, tanto os Estados membros da Organização dos Estados Americanos quanto alguns de seus órgãos podem requerer à Corte Interamericana a realização de uma consulta acerca da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como qualquer tratado que se refira aos direitos humanos no continente americano. Essa primeira aplicação dos pareceres consultivos é bastante útil para o conhecimento acerca da posição da Corte em diversos tópicos do Pacto de San José da Costa Rica. Nessa temática, aponta Monica Pinto:

(...) a Corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, dentre eles: o alcance de sua competência consultiva, o sistema de reservas, as restrições à adoção de pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo 'leis' quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, o *habeas corpus* e as garantias judiciais nos estados de exceção, a interpretação da Declaração Americana, as exceções ao esgotamento prévio dos recursos internos e a compatibilidade de leis internas em face da Convenção.⁸⁵

Mais que isso, percebe-se a amplitude dos temas que a Corte pode emitir opinião, não se restringindo às normas apenas do Sistema Interamericano, mas abrangendo qualquer tratado sobre direitos humanos que importe ao contexto regional. Assim, não apenas tratados bilaterais ou regionais sobre direitos humanos no continente americano fazem parte do escopo de análise de Corte, mas também tratados multilaterais amplos, ou que envolvam atores de outras regiões, mas que possuam relevância ao continente americano.

É bastante útil tal aplicação das opiniões consultivas por expandir de forma patente a atuação da Corte Interamericana para praticamente qualquer tema de direitos humanos envolvendo o seu contexto regional. Mais ainda, por

Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

⁸⁵ PINTO, Monica. **Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos de protección en el sistema interamericano** in **Derecho internacional de los derechos humanos**. Montevideo: Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados del Uruguay, 1993. p. 96.

se tratar de um mecanismo de jurisdição não contenciosa, não está restrita a emitir uma decisão e encontrar culpados ou responsáveis, debruçando-se primariamente acerca da hermenêutica jurídica das normas estudadas.

Considerando que o foco principal das opiniões consultivas é a interpretação das normas de direitos humanos, percebe-se inequivocamente a eficácia delas como "ponte de transição", visto que não se restringe à materialidade de um fato litigioso, mas se concentra no conteúdo da norma. Sobre a importância de tal mecanismo e a efetividade dele como um meio de diálogo com a Corte, realça Jo M. Pasqualucci:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (...) As opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitada a fatos específicos lançados a evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.⁸⁶

A segunda hipótese de aplicação das opiniões consultivas possui especial importância quando se analisa a interação entre o ordenamento jurídico brasileiro com o Sistema Interamericano. É a possibilidade que qualquer Estado integrante da organização tem de requerer à Corte a emissão de um parecer tratando acerca da compatibilidade de qualquer uma das normas de direitos humanos acima mencionadas com seu ordenamento jurídico interno.

A análise da adequação das normas internas dos Estados aos tratados de direitos humanos é realizada pela Corte Interamericana no que se convencionou chamar de controle de convencionalidade, que ocorre inclusive em diversos julgados da Corte. Por meio deste, o referido tribunal realiza uma análise da adequação das leis internas aos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando quando as normas internas estão em descompasso com as normas convencionais e devem ser afastadas.

Ressalte-se que, desde o Recurso Extraordinário 466.343/SP realiza-se no Brasil o controle de convencionalidade interno. Nesse contexto,

⁸⁶ PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 328.

ao reconhecer a suprallegalidade dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento que as leis do ordenamento brasileiro, existentes e futuras, devem passar por um controle de convencionalidade para se verificarem compatíveis com tais tratados. Há, portanto, uma análise semelhante à que ocorre no âmbito da Corte Interamericana, sendo ainda a que ocorre no Estado brasileiro mais ampla, por incluir qualquer tratado de direitos humanos, não apenas os referentes ao contexto americano.

Retornando à utilização das opiniões consultivas, verifica-se que os pareceres que interpretam a convencionalidade das normas internas de um Estado aproximam bastante a Corte Interamericana de uma dada realidade nacional. Isso porque dificilmente há uma análise isolada de uma norma, sendo cada vez mais comum a ocorrência de uma análise sistemática para analisar a adequação das leis internas às normas de direitos humanos. Uma vez que não há qualquer obrigação nas opiniões proferidas, percebe-se que um Estado pode paulatinamente ir adequando suas leis internas às normas do Sistema Interamericano, sempre mantendo o diálogo com a Corte por meio de seus pareceres.

A aplicação das opiniões consultivas nesse contexto são um bom mecanismo para garantir o diálogo das cortes. Verifica-se tal fato da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal requerer que o Estado brasileiro busque conhecer da interpretação da Corte Interamericana acerca de certas leis nacionais sem que para isso precise surgir um conflito acerca do tema. Despido do caráter colisional do conflito instaurado, o parecer da Corte pode ser apreciado e analisado de forma bem mais extensiva, o que facilita uma harmonização interpretativa.

A emissão dessas opiniões tem serventia não apenas para sanar dúvidas que possam evitar conflitos futuros, mas também pode ser meio adequado para buscar soluções em conflitos em curso. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, quando a Corte Interamericana decide em seu caráter contencioso, ela se vincula à materialidade de um fato específico, cabendo a fundamentação jurídica para explicar e delimitar os efeitos desse fato concreto, não havendo, necessariamente, um foco maior no conteúdo de cada norma apontada durante o julgado.

Mais que isso, o diálogo entre as cortes em nível não contencioso propicia um ambiente mais ameno para a harmonização da linguagem entre os sistemas diversos. Sabe-se que muitos termos em direitos humanos, apesar de amplamente empregados, possuem um conteúdo semântico vago, o que permite a interpretação diversa de um mesmo comando. Com a utilização da opinião consultiva, é possível ao Estado perceber de forma mais clara qual a interpretação que a Corte atribui a certos conceitos, o que facilita sua interpretação em consonância com ela.

A harmonização e eventual uniformização da linguagem é outro ponto de grande importância para o favorecimento do diálogo. Caso as Cortes integrantes do sistema compreendam melhor a linguagem empregada no contato entre elas, diminui-se a possibilidade de ocorrência de colisões. Quanto melhor se compreende o que outra parte está querendo expressar, maiores são as possibilidades de cooperação.

Com a utilização da opinião consultiva, pode o Estado brasileiro requerer que a Corte Interamericana se expresse de forma mais detalhada acerca da adequação de certas leis internas que influenciem um julgamento em curso. Decerto que a opinião consultiva por si não tem influência direta no curso de um julgamento, visto não se tratar de meio processual relacionado a este, mas é meio hábil de garantir uma melhor interpretação das normas que possam estar sendo debatidas em tal julgamento.

Considerando o Caso Guerrilha do Araguaia, conforme analisado anteriormente, sabe-se que houve uma condenação da Corte Interamericana para que o Brasil afaste sua Lei de Anistia e busque a investigação e eventual responsabilização dos responsáveis pelas violações de direitos humanos analisadas no caso. Como foi apresentado anteriormente, não é uma tarefa simples afastar uma lei que, considerando o contexto político e social da época, foi aprovada sob alegações de solucionar qualquer conflito futuro, inclusive havendo ainda muitos debates internos sobre a amplitude da investigação dos crimes cometidos durante o regime de exceção brasileiro.

Nesse contexto, a utilização da opinião consultiva para analisar a Lei de Anistia brasileira e demais normas conexas a ela permitiria que a Corte desse uma opinião mais detalhada e concreta acerca de quais pontos devem ser afastados da mesma, bem como sugerir meios para fazer essa adequação

ao Sistema Interamericano. Diferentemente do conteúdo da decisão emitida no Caso Guerrilha do Araguaia, a opinião estaria focada na interpretação das normas em questão e permitiria ao Estado brasileiro uma melhor compreensão dos motivos para a decisão emitida pela Corte.

Ao se analisar um parecer emitido em sede de opinião consultiva⁸⁷, verifica-se que ele é bastante extenso, adentrando em diversos pontos acerca da interpretação que a Corte Interamericana dá a determinadas normas e quais meios ela julga mais adequado para sua implementação. Assim, a referida opinião pode servir de embasamento para influenciar a opinião da corte responsável por analisar a validade da Lei de Anistia, o Supremo Tribunal Federal.

Decerto que há inúmeros desafios à utilização da opinião consultiva em tal caso. Inicialmente, sabe-se que a decisão da Corte Interamericana foi emitida em 2010, portanto o Brasil desde então possui responsabilidade em cumprir com seu conteúdo. O requerimento de um parecer hodiernamente demandaria tempo para que a Corte apreciasse a questão e emitisse sua opinião, o que entra em conflito com a necessidade de uma solução a mais célere possível ao conflito.

Em paralelo a esse fato, há também a disposição do STF em alterar seu entendimento e o impacto político interno dessa atitude. Como analisado anteriormente, a Lei de Anistia foi formulada da forma com que se apresenta atualmente devido a uma conjuntura de fatores políticos e sociais que ainda influenciam o cenário atual. Afastar sua aplicação implica num impacto a tais fatores que sem dúvidas traria reflexos na sociedade brasileira. Assim, não há qualquer garantia que o STF altere sua interpretação por conta das opiniões emitidas pela Corte Interamericana.

Há, portanto, uma multitude de fatores não apenas jurídicos, mas também políticos, sociais e culturais que dificultam a utilização da opinião consultiva da Corte Interamericana para solucionar o conflito em curso referente ao Caso Guerrilha do Araguaia. Todavia, não resta dúvida que tal mecanismo seria uma alternativa racional para dirimir um conflito existente.

⁸⁷ Pode-se obter a íntegra de todas as opiniões consultivas emitidas por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos no seguinte sítio virtual: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>.

Quando se analisa a aplicação do transconstitucionalismo para aproximar ordens jurídicas diversas, percebe-se a importância das "pontes de transição" como mecanismos de diálogo.

Nesse sentido, a opinião consultiva configura-se como uma ponte talvez não ideal, mas efetiva para permitir a solução do conflito. É certo que deve haver um diálogo das cortes para evitar que eventuais atritos entre elas evoluam para uma fragmentação do sistema, sendo a disposição de todas as partes do sistema em fomentar esse diálogo um dos pontos mais importantes para qualquer solução.

A criação de novos mecanismos que permitam o contato regular entre as cortes é um ponto importante para a consolidação de meios de comunicação duradouros, apesar de passar por uma negociação mais política do que efetivamente jurídica. Assim, buscando nos mecanismos existentes dentro do sistema atual, verifica-se que a utilização da opinião consultiva permite abrir uma comunicação bem direcionada para solucionar o conflito que está em curso.

Um primeiro passo a ser tomado seria a manifestação do Estado brasileiro em obter tal opinião consultiva. Com tal requerimento, seria possível verificar uma disposição maior do Brasil em buscar um diálogo capaz de solucionar o conflito em curso. Além disso, seria importante também uma manifestação por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da concordância do mesmo com eventuais posicionamentos da Corte Interamericana expressos em tal parecer. Tal manifestação seria importante não apenas por seu conteúdo, mas também para superar uma noção de que o STF não busca aplicar os posicionamentos da Corte, conforme aponta André de Carvalho Ramos:

Por outro lado, é extremamente difícil encontrar repercussão no STF das decisões internacionais de direitos humanos oriundas de órgãos em relação aos quais o Brasil reconhece a jurisdição. Mesmo quando se discute o alcance e sentido de determinada garantia da *Convenção Americana de Direitos Humanos* não se busca verificar qual é a posição de seu intérprete, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição obrigatória o Brasil já reconhece desde 10 de dezembro de 1998.⁸⁸

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho, **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 847.

Há, portanto, ainda diversos desafios para que ocorra um efetivo adensamento do diálogo do Supremo Tribunal Federal com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém é patente a importância do mesmo para solucionar os conflitos existentes. Há diversos sinais de uma crescente preocupação com o tratamento dos direitos humanos no Estado brasileiro e o STF vem demonstrando uma crescente evolução no tratamento da matéria, porém é necessária uma constante atualização na temática, de modo a evitar que eventuais dissensos na interpretação de certas normas impeçam a garantia de direitos fundamentais aos indivíduos.

5 CONCLUSÃO

A relação entre o sistema brasileiro de proteção dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção de direitos humanos ainda é um tópico passível de inúmeros debates, porém é inegável que há avanços na matéria. O tratamento dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro passou por uma sensível evolução nas últimas décadas, principalmente com a redemocratização e a formulação da Constituição Federal de 1988, mas é certo que ainda há muito para se aprimorar, principalmente no que se refere à interação com os organismos internacionais voltados para a proteção dos direitos humanos.

A maior preocupação com a promoção dos direitos humanos no Brasil é louvável e tem permitido a superação de diversos passivos históricos nacionais, porém percebe-se cada vez mais a necessidade de uma nova interpretação de conceitos tradicionais de soberania, de modo a garantir uma abertura maior aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. É certo que a maior atuação interna nesse tema é imprescindível para monitorar evitar violações, porém a ajuda de organismos internacionais nesse tema pode ser bastante benéfica.

Há uma pluralidade de fatores internos - resquícios de instituições ditatoriais, pressões políticas de certos grupos ou mesmo a influência histórica que permanece na sociedade - que por vezes dificultam a promoção dos direitos humanos apenas por instituições nacionais. Todavia, os empecilhos existentes internamente não deveriam ser justificativos para negar o provimento dos direitos humanos, os quais priorizam o indivíduo, objeto maior de sua proteção.

Dessa forma, percebe-se que há em diversos órgãos internacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, especialmente nos tribunais internacionais, uma maior predisposição em adotar medidas que beneficiem o indivíduo, mesmo que com a discordância do Estado que eles fazem parte. Assim, a noção clássica de soberania Estatal é relativizada nesse contexto de maior atuação das ordens internacionais, priorizando a universalização dos direitos e a promoção do indivíduo.

Essa distinção entre a atuação dos Estados e dos tribunais internacionais de direitos humanos contribui para que os últimos em geral busquem interpretações mais dinâmicas e abrangentes das normas de direitos humanos. Assim, um mesmo conteúdo normativo pode ter interpretações diversas a depender do agente que o analisa. É o que afirma Niels Peterson ao apontar que:

Finalmente, pode haver também um problema dirigente-agente, ou seja, que governos tenham interesses diferentes de suas populações. Isso justifica a aproximação interpretativa dinâmica de diversas cortes de direitos humanos que protegem o interesse de cidadãos contra a relutância dos governos em permitir restrições a seu poder soberano. (tradução nossa)⁸⁹

No contexto americano, tal fenômeno é verificável na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O processo de formação e as características institucionais desse tribunal, conforme analisado anteriormente, contribuíram para a consolidação de uma corte bastante proativa na proteção do indivíduo. Desse modo, a Corte Interamericana quando decide litígios por vezes adota posicionamentos que dentro dos Estados não seria possível, assumindo uma posição mais vanguardista do que a presente no ordenamento jurídico nacional do país em questão.

A interpretação das leis de anistia é um exemplo desse tipo de atuação da Corte Interamericana. Ao priorizar uma interpretação das normas do Sistema Interamericano que favoreça o indivíduo, a Corte vem progressivamente questionando e afastando a aplicação de leis internas que possam impedir a aplicação de tais normas, mesmo quando se trata de uma lei de anistia. Não é de grande surpresa, portanto, que tenha surgido uma jurisprudência desse tribunal no sentido de afastar a aplicação de tais leis quando elas impedem a investigação e responsabilização por violações de direitos humanos.

Contudo, sabe-se que há diversas particularidades que ocorreram em cada regime de exceção do continente americano, bem como há aspectos únicos na forma que ocorreu a redemocratização em cada país, o que relativiza

⁸⁹ PETERSON, Niels. **How Rational is International Law?** in **The European Journal of International Law**. Vol. 20 no. 4 © EJIL, 2010, p. 1256. No original: Finally, there may be a principal-agent problem, i.e., that governments have different interests from their populations. This justifies the dynamic interpretative approach of many human rights courts which protect the interest of citizens against the reluctance of governments to permit restraints of their sovereign power.

uma interpretação única em relação às distintas leis de anistia. A compreensão da realidade local de cada Estado é de grande importância para buscar a garantia dos direitos humanos sem restringir sua abrangência, mas mantendo sua coerência com as diversas ordens constitucionais.

No exemplo brasileiro, como analisado anteriormente, muitos historiadores consideram que o regime ditatorial nacional não foi profundamente repressivo, tendo havido ainda certa abertura e uma aproximação de diversos grupos sociais durante o regime de exceção. Assim, a redemocratização do país ocorreu de forma mais negociada, onde se buscou evitar excessos que pudessem deixar resquícios históricos capazes de ameaçar a estabilidade social. Esse é um dos principais argumentos levantados por defensores da manutenção da Lei de Anistia, tendo ainda uma forte repercussão quando se discute a temática.

Não é fácil medir o quão ditatorial teria sido um regime, tampouco é convincente o argumento da pouca repressão para os indivíduos e familiares que foram vítimas de diversas formas de violência e violações de direitos humanos - perseguições, torturas, desaparecimentos forçados, assassinatos, entre outras. Independente do debate acerca do grau de repressão do regime e de quais medidas foram adotadas para permitir uma transição segura do mesmo, é certo que houve nas mais de duas décadas de ditadura militar brasileira diversas violações de direitos humanos que nunca foram investigadas e tampouco seus responsáveis foram levados à apreciação do Judiciário.

Há, portanto, uma questão não plenamente solucionada no Brasil acerca da garantia dos direitos humanos nas décadas passadas. Percebe-se que houve um esforço contínuo em diversos âmbitos do Estado brasileiro para aprimorar a defesa dos direitos humanos. Novos órgãos voltados para o tema foram criados, houve uma ampla normatização de leis referentes a direitos humanos, inclusive com a presença de diversas normas do tema dentro da nova constituição de 1988.

Verificou-se, inclusive, uma relativização na posição soberanista adotada nos anos anteriores de não adesão a regimes internacionais de direitos humanos, especialmente não admitindo a atuação de tribunais que poderiam emitir decisões condenando o país, tendo havido a adesão a diversos tratados de direitos humanos nas últimas décadas e uma crescente

aproximação dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Muitos dos tratados que o Brasil se absteve de aderir no curso do regime militar foram adotados nas primeiras décadas da nova democracia, o que revelou uma superação em parte do posicionamento anterior adotado pelos governos militares sobre o tema.

A importância de tais tratados se mostrou tamanha que ensejou uma emenda à Constituição Federal para permitir que estes pudessem se integrar ao bloco de constitucionalidade pátrio. Além disso, reconheceu-se no Supremo Tribunal Federal a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, o que confirma a necessidade do controle de convencionalidade de todo o ordenamento infraconstitucional ao conteúdo dessas convenções.

Verifica-se, portanto, que a corte maior brasileira vem demonstrando uma crescente preocupação na promoção dos direitos humanos. Não apenas no exemplo da confirmação da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não integrados ao bloco de constitucionalidade, mas também em uma progressiva adoção de precedentes que buscam garantir a proteção dos direitos humanos dos indivíduos. Ainda assim, especificamente no tema da interpretação da Lei de Anistia, o STF permanece com o entendimento anteriormente esposado de impossibilidade de afastamento da mesma, o que foi confirmado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF.

O posicionamento do STF nesse tema coaduna-se com a ideia de definitividade do modelo de transição adotado pelo Brasil durante o fim do regime militar. Para além das influências políticas e sociais na adoção de tal posicionamento, analisando estritamente o ordenamento jurídico pátrio, é possível compreender o conteúdo da interpretação da corte maior. A Lei de Anistia foi elaborada e aprovada de maneira a se integrar devidamente ao ordenamento jurídico interno de modo que, dogmaticamente, é cabível o entendimento do STF de sua adequação e manutenção no corpo normativo nacional.

Analisando o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contudo, verifica-se que não há esse mesmo entendimento. Quando uma questão é levada à apreciação da Corte Interamericana, tendo cumpridos os trâmites necessários e tendo a mesma verificado sua competência para

julgar o conflito, a análise principal deste tribunal é se houve uma violação às normas interamericanas, o que implica numa condenação do Estado. A análise de adequação da norma ao sistema não se efetiva analisando o ordenamento jurídico nacional, mas as normativas do Sistema Interamericano, principalmente o Pacto de San José da Costa Rica.

Gera-se, portanto, um dever pelo país de adotar o conteúdo da sentença da Corte que, caso não cumprida, pode implicar na responsabilização internacional dele. No exemplo brasileiro, foi o que ocorreu quando do julgamento do Caso Gomes Lund e Outros, o caso da guerrilha do Araguaia, onde a Corte não entendeu apenas por responsabilizar o Brasil para que indenizasse os parentes das vítimas, mas decidiu também por afastar a Lei de Anistia brasileira para permitir que fossem realizadas as investigações sobre os agentes responsáveis por as violações de direitos humanos apontadas no caso.

O impasse gerado entre a posição do STF e da Corte Interamericana fez com que a sentença desta última, emitida em novembro de 2010, ainda não tenha sido cumprida pelo Brasil, o que confirma o conflito existente sobre a matéria. Diversas soluções divergentes foram sugeridas para tal impasse, desde aplicação irrestrita e imediata da sentença da Corte até a afirmação da não necessidade do Brasil em cumprir uma decisão que não se coadune com um posicionamento expresso pelo STF, porém é possível considerar que uma solução negociada, pautada no diálogo entre os distintos polos permitiria uma maior integração entre o ordenamento interno e o sistema internacional interamericano.

É nesse contexto de interação entre ordens constitucionais distintas que se analisa o transconstitucionalismo e o entrelaçamento entre o sistema nacional e o internacional em matéria de direitos humanos. Na construção de uma racionalidade transversal, há uma aproximação no plano interno das normas e princípios presentes no direito internacional referentes a direitos humanos, o que permite o aprofundamento da ideia de garantias básicas universais a qualquer indivíduo, ultrapassando barreiras nacionais.

Considerando tal cenário no contexto regional americano, a aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais com os sistemas internacionais de promoção de direitos humanos, notadamente do Sistema

Interamericano de Direitos Humanos, permite verificar que uma questão de direitos humanos não mais se limita à análise dos tribunais internos, perpassando ordens jurídicas diversas e permitindo a apreciação jurisdicional dos órgãos internacionais. Assim, há uma crescente atuação de tribunais como a Corte Interamericana em matérias que tradicionalmente limitavam-se ao âmbito interno dos Estados.

Sendo verificado esse maior entrelaçamento de temas, é possível a construção de uma racionalidade transversal que permita aos distintos sistemas constitucionais dialogar e aproximarem-se. Nesse sentido, há uma necessidade de aproximação entre a suprema corte brasileira, o STF, e a Corte Interamericana, de modo a permitir que o conflito prático existente não prejudique a aproximação intersistêmica.

Isto porque, conforme analisado, essa aproximação implica também numa maior possibilidade de colisão entre os sistemas, especialmente quando se considera as influências culturais na aplicação dos direitos humanos. Há uma forte tendência na consolidação dos direitos humanos em buscar uma universalização deles, de modo a garantir um substrato de direitos comuns a todos indivíduos mundialmente, porém é inegável que há diversas realidades culturais locais distintas que divergem na interpretação e aplicação dos direitos humanos.

A pluralidade cultural entra em conflito com o caráter universal dos direitos humanos, uma vez que mesmo direitos definidos de maneira uniforme podem ter interpretações distintas em cada realidade cultural local. Mais que isso, como, conforme analisado, há uma maior disposição das cortes internacionais em garantir uma maior universalização dos direitos humanos, muitas vezes adotando interpretações mais abrangentes deles, as decisões desses tribunais podem contrastar com uma posição mais conservadora de tribunais internos, os quais são bastante influenciados pela realidade cultural dos Estados e o processo de consolidação de valores sociais e morais daquela sociedade.

Independentemente dos motivos, é certo que a transposição entre ordens constitucionais diversas apresenta conflitos, especialmente em um tema plural como direitos humanos. Esses conflitos são especialmente verificáveis em ordens constitucionais que passaram por profundas transições num

passado recente, estando ainda lidando com uma fase de consolidação dessa nova realidade nacional no tratamento de tais direitos, como ocorre no caso brasileiro.

Havendo a colisão intersistêmica, há um risco para a manutenção do diálogo das ordens constitucionais. Isso porque, quando a colisão entre os elementos normativos das distintas ordens não é solucionada de forma negociada, mas por meio de uma negação mútua, há um risco de afastamento entre os sistemas que pode ocasionar o colapso das "pontes de transição" existentes. Nesse sentido, conforme a análise de Marcelo Neves:

Assim, questões de direitos fundamentais ou da limitação e do controle do poder, como também da participação juridicamente regulada em procedimentos políticos, que constituem problemas centrais do constitucionalismo em sentido moderno, reaparecem enredadas em uma malha de pretensões de resolução de caso que partem de ordens diversas. Nessas circunstâncias, um caminho equivocado seria negar a abertura cognitiva das respectivas ordens para os sistemas sociais com o qual se encontram confrontadas, o que impediria o surgimento da transversalidade constitucional. Mas o que é especificamente preocupante, no plano da conexão de ordens jurídicas, é o risco, sempre presente, de um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, em detrimento da solução adequada dos problemas constitucionais comuns. Nesse caso, tende-se a uma fragmentação destrutiva ou impeditiva da construção das "pontes de transição" entre ordens jurídicas diversas.⁹⁰

O risco de fragmentação destrutiva é estímulo para que se busque uma alternativa racional dentro da interação intersistêmica para preservação do diálogo. É nesse contexto que surge a necessidade de fortalecimento das "pontes de transição" existentes entre as ordens constitucionais, de modo que a estabilidade estrutural não seja ameaçada por colisões eventuais. Assim, não apenas uma maior aproximação entre os sistemas diversos, mas uma melhor compreensão das particularidades e interpretações de cada um favorece um diálogo mais robusto e capaz de solucionar impasses.

É nesse contexto que, na relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, se busca estimular o diálogo das cortes, de modo a garantir que o STF e a Corte Interamericana possuam mecanismos efetivos de diálogo que permitam solucionar divergências sem prejudicar a aproximação mútua. Como não há hierarquia entre cortes internas e tribunais internacionais e a adoção de um

⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 237.

posicionamento de forma intransigente por qualquer dos polos tende a fragilizar a aproximação existente, a formação de mecanismos de comunicação e negociação entre tais tribunais é uma das mais efetivas alternativas para enfrentar os desafios existentes.

Dentre as hipóteses para adensar o diálogo, a criação de fóruns e secretarias permanentes no contexto interamericano, seguindo o exemplo do Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL, seria um bom mecanismo para garantir uma comunicação periódica e regular não apenas entre o STF e a Corte Interamericana, mas também com as demais supremas cortes integrantes da OEA, o que permitiria um intercâmbio maior entre cortes que, em certa medida, experimentaram realidades históricas com similaridades culturais.

Aproveitando os mecanismos de diálogos existentes no contexto do Sistema Interamericano, a utilização das opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana é uma alternativa viável para permitir a melhor compreensão acerca da interpretação da mesma em diversos temas de direitos humanos. Por permitirem que o Estado peça um parecer não apenas sobre normas do sistema interamericano, mas de qualquer tema de direitos humanos que tenha relevância ao contexto regional, as opiniões consultivas possuem uma abrangência única no contexto internacional, confirmando sua eficácia em tratar de quase qualquer tema de direitos humanos que possa ser de interesse de um Estado Americano.

Há também a utilização de tais pareceres para que o Estado indague à Corte acerca da compatibilidade de suas leis internas com as normas do Sistema Interamericano. A eficácia desse mecanismo é patente para conhecer de eventuais assimetrias entre o ordenamento interno e os tratados interamericanos que o país faz parte sem que seja necessário a instauração de um litígio. O emprego de um meio de jurisdição não contenciosa, tal qual foi visto anteriormente, permite um enfoque maior na hermenêutica jurídica do tribunal, visto que não há a necessidade de proferir uma decisão acerca de um fato material.

Considerando a hipótese de um conflito em curso, como é o exemplo do Brasil em relação ao Caso Guerrilha do Araguaia, também é verificável a utilidade da opinião consultiva da Corte, uma vez que ela pode

funcionar como mecanismo de adequação interpretativa ao conteúdo da sentença proferida. Há, inclusive, um grau bem maior de aprofundamento nas questões jurídicas quando a Corte Interamericana atua em sua jurisdição não contenciosa, o que favorece a utilização de tais pareceres para fundamentar o entendimento das cortes nacionais.

Em suma, há uma pluralidade de fatores que influenciam o posicionamento brasileiro hodierno no tema da guerrilha do Araguaia, passando por influências políticas históricas, formação cultural da sociedade em meio ao processo de redemocratização, características da evolução do tratamento dos direitos humanos nas últimas décadas, construção jurisprudencial das cortes nacionais, dentre outros. Assim, não é possível resumir todo esse tema em uma dicotomia obedecer ou não a decisão de cortes de direitos humanos.

O Brasil vem demonstrando um crescente comprometimento com a temática em diversos níveis, inclusive constitucional, de modo que não pode um único conflito em uma matéria de direitos humanos definir o posicionamento que vem sendo consolidado durante décadas. De mesma forma, há uma interação de mais de dez anos entre o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos humanos, sendo o diálogo com esse tribunal a tônica de grande parte dessa relação, conforme se verifica com o cumprimento de quase todas as sentenças de forma considerada satisfatória pela Corte.

Não há dúvidas que a decisão no Caso Gomes Lund e Outros, Caso Guerrilha do Araguaia, tem causado um conflito ainda de difícil solução para a interação entre o Brasil e a Corte Interamericana, especialmente se considerando que há uma responsabilidade internacional do Estado ainda não cumprida. Todavia, tal conflito não deve motivar um acirramento das divergências entre as cortes envolvidas, o que pode ter como consequência um fechamento normativo e uma fragmentação sistêmica, o que prejudica ambos os polos da relação.

É necessário um esforço contínuo para, cada vez mais, ampliar as garantias fundamentais dos indivíduos tanto no âmbito local quanto na esfera global. Desse modo, é preciso consolidar e proteger modelos de racionalidade transversal que permitam um maior diálogo entre distintos níveis constitucionais comprometidos com a promoção dos direitos humanos, como é

o que ocorre entre o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados membros.

Sabe-se que nenhuma interação entre atores heterogêneos é simples, porém é necessário um esforço contínuo para evitar que eventuais divergências possam impedir o diálogo intersistêmico, o que impediria a maior promoção dos direitos humanos. Tal desafio é especialmente relevante quando se considera que a promoção dos direitos humanos é, em grande medida, a definição de um contexto de garantias mínimas a qualquer indivíduo pertencente à sociedade internacional, sendo necessário sempre seu avanço, jamais seu retrocesso.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça** in **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público** – 14. Ed – São Paulo: Saraiva, 2000.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Autodeterminação, sua dimensão territorial e direitos humanos**: um estudo comparativo da experiência interamericana e africana da autodeterminação dos povos. Rio de Janeiro: Gramma, 2010.

ARAÚJO, Marcelo de. **Direitos individuais e direitos das minorias nacionais**: uma crítica à política de "suplementação" dos direitos humanos em contextos multiculturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 55, abr.-jun., 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. in BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ). Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) VS. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012 - CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de maio de 2010 - CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_%20por.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2012 - CASO GARIBALDI VS. BRASIL - SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_12_por.pdf

DOMINGUES, José Maurício. **Aproximação à América Latina. Desafios contemporâneos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1996.

FONSECA JR., Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais - Poder e ética entre as nações**. 2ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências**: Introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

GALINDO, Bruno César Machado Torre. **Constituição e Integração Interestatal: Defesa de Uma Teoria Intercultural da Constituição**. Dissertação (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004.

_____. **Justiça de Transição na América do Sul**: Possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. in. **O Judiciário e o discurso dos Direitos Humanos**. Volume 2. Recife: Editora Universitária UFPE. 2012.

HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2004.

HEYNS, Christof, VILJOEN, Frans. **An overview of human rights protection in Africa** in South African Journal of Human Rights. v. 11, part. 3, 1999.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. **A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil in A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.

MAIA, Tércius Gondim. **Os precedentes da corte interamericana de direitos humanos e a responsabilidade internacional do estado brasileiro por violações aos direitos humanos causadas por decisões do Supremo Tribunal Federal: uma abordagem transconstitucional** / Tércius Gondim Maia. – Recife: O Autor, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDONÇA, Gustavo Proença S. **Cidadania multicultural e os novos desafios para a ordem constitucional**. *in* **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 13^a ed., 2003.

MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept** *in* **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. **Transitions, continuities, and paradoxes** *in* MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo e VALENZUELA, J. Samuel (orgs.) **Issues in democratic consolidation: the new South American**

democracies in comparative perspective. Notre Dame: University of Notre Dame press, 1992.

ORTEGA, Roberto Niembro. **Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales** *in* **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELY, Marcelo D.. **A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro** *in* **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.** Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011.

PETERSON, Niels. **How Rational is International Law?** *in* **The European Journal of International Law.** Vol. 20 no. 4 © EJIL, 2010

PINTO, Monica. **Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos de protección en el sistema interamericano** *in* **Derecho internacional de los derechos humanos.** Montevideo: Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados del Uruguay, 1993.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GOMES, Luiz Flávio; BEVILACQUA, Maria Beatriz Galli, DE MELLO, Monica e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas.**

Escola Superior do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 4 – Julho/Setembro de 2002. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios-e-perspectivas>>.

_____ **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 3 ed.

_____ **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (org.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

ROSENBERG, Alex. **Introdução à filosofia da ciência.** São Paulo: Loyola, 2009. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Uma concepção multicultural de direitos humanos.** v. 30. São Paulo: Revista Lua Nova, 1997.

STEINER, Henry. **Criminal responsibility for human rights violation.** Material do Curso International Law and Human Rights. - Havard Law School, spring, 1994.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1983

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>

_____ - Habeas Corpus 90.450 Minas Gerais. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.** Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul/dez, 1993.

_____. **Dilemas e desafios da Proteção. Internacional dos Direitos Humanos. no limiar do século XXI** in A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. Texas: IIDH : Friedrich-Naumann-Stiftung, 1992.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

UN. **Report of the Special Rapporteur on Extra Judicial, Summary or Arbitrary Executions.** UN Doc. E/CN 4/1994/7. p. 157. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/09/PDF/G9385809.pdf?OpenElement>

VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional** in **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 42 n. 167 jul./set, 2005.

VINCENT, R. J.. **Human rights and international relations.** Cambridge: Cambridge university press, 1986.

WENDT, Alexander. **Social Theory of International Politics,** Cambridge University Press, 1993.