

**A APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COM
RELAÇÃO À LEI DA ANISTIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADPF
153 E DO CASO GOMES LUND E OUTROS V. BRASIL¹**

***THE APPLICABILITY OF THE CONTROL OF CONVENCIONALITY ABOUT THE
BRAZILIAN AMNESTY LAW: AN ANALYSIS ABOUT THE ADPF 153 AND THE
CASE GOMES LUND AND OTHERS V. BRAZIL***

Sabrina Santos Lima²
Bruna Emmanouilidis³

RESUMO

A partir do advento da Segunda Guerra Mundial, a comunidade e organismos internacionais passaram a olhar para a proteção dos direitos humanos e fundamentais como uma necessidade. Desse modo, intensificaram-se movimentos no sentido de ampliar essa proteção, surgindo inclusive Sistemas voltados para essa finalidade, como é o caso do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o qual abrange tanto a Comissão, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Nesse cenário, desenvolveu-se o mecanismo do controle de convencionalidade, que se caracteriza pela análise de compatibilidade de determinadas leis, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais. Exsurge então a problemática a ser trabalhada aqui: de que forma se operou o controle de convencionalidade na Corte IDH e no Supremo Tribunal Federal (STF), com relação à Lei da Anistia Brasileira? O objetivo, portanto, é verificar a aplicabilidade do mecanismo referido, com relação ao mais alto Tribunal interno do Brasil (STF), bem como com relação ao órgão que representa a jurisdição constitucional internacional (Corte IDH), especificamente no que tange à Lei da Anistia. Para tanto, a partir do método dedutivo, através de análise bibliográfica e jurisprudencial, num primeiro momento abordar-se-á a lógica e estrutura de funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPEs, modalidade I. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <sa_94@hotmail.com>.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPEs, modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Campus Sobradinho/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa “Estado, Sociedade e Administração Pública”. E-mail: <brunaemman@gmail.com>.

Humanos, então analisar-se-á aspectos essenciais referentes ao controle de convencionalidade e, por fim, examinar-se-á duas decisões referentes ao tema, quais sejam: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, e o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil.

Palavras-chave: ADPF 153; anistia; caso Gomes Lund e outros v. Brasil; controle de convencionalidade; ditadura militar.

ABSTRACT

From the advent of the Second World War, the community and international organizations began to look for the protection of human and fundamental rights as a necessity. Thus, intensified movements in order to extend this protection, including systems for this purpose, as is the case of the Inter-American System of Human Rights Protection, which covers both the Commission and the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court). In this scenario, the mechanism of control of conventionality developed, which is characterized by the compatibility analysis of certain laws, with the American Convention on Human Rights and other international treaties. Then the following problem arises: how does the control of conventionality in the Inter-American Court and the Supreme Court (STF) operated, regarding the Brazilian Amnesty Law? The goal, therefore, is to check the applicability of the referred mechanism, regarding the highest Court procedure of Brazil (STF), as well as with respect to the organization representing the international constitutional jurisdiction (Inter-American Court), specifically with regard to Law of Amnesty. To do so, from the deductive method, through bibliographical and jurisprudence analysis, at the first moment, the logic and operating structure of the Inter-American System of Human Rights Protection will be discussed, then essential aspects regarding the control of conventionality will be analyzed, and finally, two decisions will be examined: ADPF nº 153 and the case Gomes Lund and others v. Brazil.

Keywords: ADPF 153; amnesty; case Gomes Lund and others v. Brazil; control of conventionality; military dictatorship.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora já se falasse e já existisse mecanismos referentes à proteção de direitos humanos e fundamentais, foi a partir da Segunda Guerra Mundial que a comunidade internacional verificou a real necessidade de proteger esses direitos. A partir desse novo olhar, então, criaram-se novos mecanismos, foram convencionados novos pactos internacionais e foram arquitetados novos organismos com a finalidade específica de efetivar uma concreta proteção de direitos humanos, para evitar que acontecimentos, como os ocorridos na Grande Guerra, voltassem a ocorrer. Nessa conjuntura, no que tange ao cenário americano especificamente, surgiu o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o qual atua por meio da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O mecanismo do controle de convencionalidade, por sua vez, se consubstancia na ideia de um controle de compatibilidade entre leis internas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais documentos internacionais de caráter vinculante, a fim de evitar que permaneçam vigentes nos ordenamentos jurídicos, leis que violem a Convenção e demais Pactos, respeitando-se, dessa

forma, o Direito Internacional e, em última análise, efetivando a proteção de direitos humanos.

Já no que tange ao período sombrio que foram as épocas das ditaduras militares que ocorreram na América Latina, restou comprovado que se operaram verdadeiras violações de direitos humanos e fundamentais, haja vista as torturas realizadas, desaparecimentos forçados, homicídios, violações dos direitos à liberdade de expressão e pensamento e tantos outros. Entretanto, no que se refere ao Brasil, não foram realizadas investigações a fim de punir os responsáveis por essas violações, em razão da vigência da Lei da Anistia. Diante desse panorama, em sede de direito interno, entrou-se com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 com o fim de declarar a inconstitucionalidade da referida Lei, e em sede de direito internacional, operou-se o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, perante a Corte IDH, com o fim de reconhecer a culpabilidade do Brasil pela violação de direitos humanos durante o regime militar, permitir a investigação e punição dos responsáveis, e reparar, no que for possível, as vítimas do caso.

Assim, surgiu a problemática que pretender-se-á trabalhar ao longo do presente trabalho, sendo ela: de que forma se operou o controle de convencionalidade na Corte IDH e no Supremo Tribunal Federal (STF), com relação à Lei da Anistia Brasileira? O desenvolvimento da temática justifica-se pela relevância do tema, tendo em vista as diversas violações de direitos que ocorreram no período, mas nunca foram punidas, assim como em razão da importância em analisar como se dá o controle de convencionalidade nas jurisdições interna e internacional, verificando-se a observância, ou não, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para alcançar o objetivo pretendido, utilizar-se-á do método dedutivo, a partir de uma análise bibliográfica e jurisprudencial, sendo que, num primeiro momento, buscar-se-á expor o surgimento e a estrutura de funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, para então apresentar alguns apontamentos necessários sobre o mecanismo do controle de convencionalidade e, por fim, analisar as decisões já citadas, com o fim de responder a problemática suscitada.

2 SURGIMENTO E ESTRUTURA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O advento da Segunda Guerra Mundial trouxe um novo olhar para a questão da proteção e garantia de direitos humanos, os quais, durante o período, foram brutalmente violados. Desse modo, os Estados perceberam a necessidade de abordar esse tema internacionalmente, vinculando os países para evitar acontecimentos futuros de mesmo cunho. Essa intenção veio a se concretizar, ao longo do tempo, por meio de Declarações Internacionais, Pactos e Convenções⁴.

Nessa perspectiva, pretendendo conferir aos direitos humanos um forte regime jurídico através do fortalecimento do sistema interamericano, em 1959 a Organização dos Estados Americanos reuniu-se no Chile, em Santiago, onde criou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Num primeiro momento, a Comissão tinha como função apenas a tarefa de promover tais direitos, e não propriamente de protegê-los. Entretanto, já em 1965, em nova Conferência realizada no Rio de Janeiro, Brasil, alargou-se as atribuições da Comissão, que

⁴ Comparato, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

passou também poder realizar tarefas de controle,

com autorização para receber e examinar petições e comunicações individuais, que contenham denúncias de violações de direitos proclamados na Declaração Americana, e com competência para dirigir-se aos Estados Americanos, a fim de obter informações e formular recomendações⁵.

Mais adiante, no dia 07 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica, os membros da Organização dos Estados Americanos reuniram-se para a elaboração de uma Convenção: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cujo texto foi aprovado no dia 21 de novembro do mesmo ano, mas somente veio a entrar em vigor em 1978⁶. A Convenção, de suma relevância neste cenário, além de prever direitos e obrigações aos Estados, criou dois órgãos internacionais: a Comissão⁷ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desenvolvem papéis exemplares no seu âmbito de atuação, conforme se verá⁸. A partir do compromisso firmado através deste Pacto, verifica-se que o sistema interamericano procurou abandonar o caráter declaratório, para adotar uma forma escrita com força cogente.

A Convenção prevê uma série de direitos civis e políticos, como por exemplo o direito à vida, à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de consciência e de religião, proteção da honra e da dignidade, liberdade de pensamento e de expressão, dentre outros. A previsão dos direitos econômicos, sociais e políticos, entretanto, é diferenciada⁹. A Convenção não elenca expressamente esses últimos, mas determina que os Estados se comprometem em criar e desenvolver mecanismos, legislação, aparatos capazes de, ao longo do tempo, progressivamente conseguir alcançar a sua plena efetividade¹⁰. Não obstante a Convenção tenha sido firmada em 1969, somente em 1992 o Brasil a ratificou, momento a partir do qual o documento passou a ter validade interna¹¹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão pertencente ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (juntamente com a Corte), possui sede em Washington e é composta por sete membros, os quais são eleitos pela Assembleia Geral da Organização, pelo período de quatro anos, podendo ser reeleitos por uma única vez. A principal função da Comissão consiste

⁵ Gorczewski, Clovis: *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 171.

⁶ Trindade, Antônio Augusto Cançado: *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*: as primeiras cinco décadas. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

⁷ Em verdade, a Convenção Americana não criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já existia desde 1959, mas redefiniu suas atribuições, ampliando as suas funções. Proner, Carol: *Os direitos humanos e seus paradoxos*: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

⁸ Quiroga, Cecilia Medina; Rojas, Claudio Nash: *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: introducción a sus mecanismos de protección. Chile: Andros, 2007.

⁹ Artigo 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Organização Dos Estados Americanos: *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*.

¹⁰ Organização Dos Estados Americanos: *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*.

¹¹ Trindade, Antônio Augusto Cançado: *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*: as primeiras cinco décadas. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

em “promover a observância e a defesa dos direitos humanos”¹². Para tanto, a Comissão tem competência para, por exemplo, formular recomendações aos governos dos Estados membros; solicitar informações aos governos; responder às consultas formuladas pelos Estados membros sobre questões de direitos humanos, assessorando-os; e examinar as petições protocoladas por qualquer pessoa ou entidade¹³.

No que tange à última função mencionada, cabe destaque o fato de que qualquer pessoa pode fazer uma queixa sobre violação de direitos humanos, perante à Comissão, não exigindo-se formalidades, e pode, inclusive, ser feita através do *site* da Organização dos Estados Americanos, na língua inglesa, portuguesa, espanhola ou francesa. Os requisitos exigidos para que a petição seja admitida e analisada pela Comissão estão previstos no artigo 46, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo eles:

(a) que a parte tenha esgotado todos os recursos da jurisdição interna do Estado contra o qual está sendo feita a queixa; (b) que seja apresentada no máximo em seis meses da data em que a parte tenha sido notificada da decisão definitiva do tribunal nacional; (c) que a matéria em questão não esteja na dependência de outro processo de jurisdição nacional; (d) sendo a parte interessada pessoa(s) física(s), a petição ou comunicação deve conter sua qualificação completa (nome, nacionalidade, profissão, domicílio) e a assinatura da(s) pessoa(s) ou do representante legal. Também ocorre inadmissibilidade quando os fatos expostos não caracterizam violação aos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou quando manifestamente infundados ou improcedentes¹⁴.

Após recebida a petição, a Comissão encaminha ao Estado denunciado uma cópia, para que ele então se manifeste. Busca-se, num primeiro momento, uma solução amigável, um acordo entre as partes envolvidas (Estado e indivíduo). Caso isso não seja possível, a Comissão emite um relatório, contendo recomendações ao Estado, que deverá cumpri-lo no prazo de três meses¹⁵. E, por fim, se ainda assim o Estado não tomar as providências a ele imputadas, o caso poderá ser encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁶.

¹² Organização Dos Estados Americanos: *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*.

¹³ Azevedo, Douglas Matheus de: *A utilização do dever de proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de graves violações praticadas por regimes ditatoriais: análise evolutiva das medidas de reparação de suas sentenças*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

¹⁴ Gorczewski, Clovis: *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 175.

¹⁵ Piovesan, Flávia: *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁶ Ressalta-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos só poderá atuar caso o Estado tenha reconhecido a sua competência. O Brasil, especificamente, muito embora tenha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, apenas reconheceu a competência jurisdicional da Corte no ano de 1998, momento a partir do qual a Corte passou a ter legitimidade para julgar os casos envolvendo o Brasil como Estado violador de direitos humanos. Os fatos anteriores a essa data, portanto, não podem ser objeto de apreciação da Corte. Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira: “*O Brasil e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*”. Acesso em: 12 de julho de 2018. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15290-15291-1-PB.pdf>>. Entretanto, ainda que algum Estado não tenha reconhecido a competência da Corte, poderá fazê-lo em casos específicos, conforme previsto no artigo 62, §2º, da Convenção. Proner, Carol: *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

A Corte, por seu turno, possui duas competências: consultiva e jurisdicional¹⁷. No que tange à função jurisdicional, frisa-se que as partes do processo passam a ser o Estado denunciado de um lado e a Comissão de outro, atuando em defesa do indivíduo que teve o seu direito humano violado. Após as manifestações das partes, audiências, juntada de provas, perícias quando for o caso, a Corte passa a decidir se houve ou não violação de um direito abarcado pela Convenção Americana. Caso conclua que houve violação, “determinará que se garanta ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Poderá também determinar que sejam reparadas as consequências da medida, mediante o pagamento de justa indenização à parte lesada”¹⁸.

Assim, é possível que dizer que o Sistema Interamericano, principalmente através da função jurisdicional da Corte IDH, vem desempenhando um papel relevante no que toca à proteção e garantia de direitos humanos. Diversos países já foram condenados por violarem direitos, sendo o Brasil um deles, que já conta com oito condenações até o presente momento. Dentre elas, uma se destaca: o caso Gomes Lund e outros v. Brasil, por abordar a análise de uma Lei interna (Lei da Anistia), por meio do mecanismo do controle de convencionalidade, que será desenvolvido no tópico seguinte.

3 APONTAMENTOS SOBRE O MECANISMO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No Brasil muito se fala sobre o controle de constitucionalidade, mecanismo segundo o qual há uma análise de compatibilidade das leis internas, com a Constituição Federal. Dois sistemas estão previstos: o modelo difuso e o modelo concentrado de constitucionalidade. O primeiro (difuso-concreto), refere-se às análises feitas por todos os juízes ou Tribunais, quando da análise de um caso concreto específico, sendo que a decisão terá validade apenas para aquele caso. Já o segundo modelo (concentrado-abstrato), refere-se às ações específicas que objetivam unicamente a análise da compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal. Nesse último caso, apenas o Supremo Tribunal Federal detém competência para realizar o exame e declarar uma lei constitucional ou inconstitucional.¹⁹

Entretanto, merece também destaque o mecanismo do controle de convencionalidade, ainda pouco abordado no Brasil, que caracteriza-se pela análise de compatibilidade das leis internas, com os tratados e convenções de direito internacional. Esse sistema, pois, também pode ser dividido em difuso e concentrado. Consubstancia-se na ideia de que uma lei doméstica, isto é, uma lei interna, deve estar não apenas em consonância com a Constituição, mas também com tratados de direito internacional, em razão do respeito do País às normas de direito internacional por ele ratificadas e incorporadas ao direito interno. Dessa forma, não podem mais os Estados ignorar o sistema jurídico internacional,

¹⁷ Importante lembrar, contudo, que a Corte não tem caráter de tribunal de apelação, visto que não tem a função de revisar as sentenças proferidas pelos tribunais nacionais, a não ser que seja caso de violação de direitos humanos. Ledesma, Erédira Salgado: “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 26, 2012, pp. 221-260.

¹⁸ Gorczewski, Clovis: *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, pp. 178-179.

¹⁹ Mendes, Gilmar Ferreira: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

conforme muito bem pontua Mazzuoli²⁰:

entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional, com reflexos práticos no plano do seu direito interno. (Grifo original).

Cabe referir que a Constituição Federal de 1988 abarca dois dispositivos que contemplam especificamente a questão dos tratados internacionais: artigo 5º, §2º e art. 5º, §3º. O primeiro refere-se aos tratados de modo geral, e o segundo, incluídos por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, refere-se aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados de forma qualificada pelo Congresso Nacional, os quais terão força de emenda constitucional, isto é, encontrar-se-ão no mesmo plano normativo da Constituição Federal. Dessa maneira, importante frisar que o controle de convencionalidade pode (e deve) ser exercido tanto no que toca os tratados do segundo caso, quanto os do primeiro, muito embora apenas os inclusos no segundo possam ser objeto de análise do modelo concentrado²¹.

Nesse contexto, tanto a jurisdição interna (através dos juízes e Tribunais), quanto a jurisdição internacional (por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos)²² tem o condão de exercer o controle de convencionalidade, verificando, nos casos que chegam ao seu alcance, se determinada lei doméstica está de acordo com os tratados internacionais, sobretudo a Convenção Americana de Direitos Humanos²³. Assim, tanto um controle de constitucionalidade, quanto de convencionalidade devem ser observados. Na mesma esteira, leciona Cavallo²⁴:

así, en el ámbito nacional, un juez ordinario efectúa el control de convencionalidad de la ley teniendo como instrumento de referencia la Convención o tratado respectivo. El juez constitucional debiera efectuar el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad simultánea y armónicamente, considerando tanto a la Constitución como la Convención como instrumentos complementarios que se enriquecen y realizan.

Nessa perspectiva, sobressaem debates acerca das Leis de Anistia, que foram promulgadas em grande escala na América Latina, referindo-se aos atos praticados na vigência de regimes autoritários, ditatoriais, procurando-se verificar se há compatibilidade das referidas leis, com a Convenção Americana sobre Direitos

²⁰ Mazzuoli, Valério de Oliveira: “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade*: temas aprofundados. Salvador: Juspodivim, 2018, p. 48.

²¹ Mazzuoli, Valério de Oliveira: “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade*: temas aprofundados. Salvador: Juspodivim, 2018.

²² Recordar-se que o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998, estando, desse modo, sujeito às suas determinações, devendo cumprir com as suas sentenças.

²³ Franco, Fernanda Cristina; Peterke, Sven: “Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos? Análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade*: temas aprofundados. Salvador: Juspodivim, 2018.

²⁴ Cavallo, Gonzalo Aguilar: “El juez estatal en la era del constitucionalismo de los derechos”, em Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare (Org.): *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 463.

Humanos. A Justiça de Transição brasileira, isto é, o processo de transição do regime autoritário para o regime democrático, abarcou a Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), a qual, até os dias atuais, impede que os responsáveis pela violação de direitos humanos daquele período sombrio fossem processados, julgados e eventualmente punidos²⁵. Discutiu-se, pois, no âmbito interno, em sede de controle de constitucionalidade (ADPF nº 153), a recepção da referida Lei pela Constituição Federal de 1988, assim como discutiu-se no cenário internacional a compatibilidade da Lei com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, decisões as quais serão analisadas no próximo tópico, em que procurar-se-á averiguar como se operou o controle de convencionalidade.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES: ADPF Nº 153 E CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) V. BRASIL

Em 29 de abril de 2010 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, ação de controle de constitucionalidade concentrado interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pretendia a declaração de não recebimento, pela Constituição Federal de 1988, da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia) ou, subsidiariamente, que o STF desse interpretação conforme a Constituição, declarando que a anistia contemplada pelo §1º, do art. 1º, da referida Lei²⁶, não abarcasse os crimes comuns praticados durante o regime militar, para que, ao fim e ao cabo, fosse possível investigar e processar os responsáveis pelos crimes de estupro, tortura, homicídios, dentre outros, praticados durante a vigência do regime.

A votação não foi unânime, sendo vencedor, por 7 votos a 2, a tese de que a Lei contestada é compatível com a Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, continuar sendo aplicada. Sustentou-se, ao longo dos votos, que deve-se levar em consideração as circunstâncias da época em que a Lei foi editada, tendo sido ela de extrema relevância para possibilitar a transição pacífica e amigável do regime autoritário para a democracia. Ademais, alegou-se que poder-se-ia sim revogar a Lei da Anistia, mas somente pela via legislativa, e não pelo Judiciário, não tendo, de acordo com os Ministros, o Supremo Tribunal Federal competência para alterar o texto de uma lei²⁷.

No que tange ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, que já estava assentado em diversas ações condenando outros Estados a reconhecer a incompatibilidade das suas Leis de Anistia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a citar como exemplo o Chile e o

²⁵ Gonçalves, Heloísa Clara Araújo Rocha: “O controle de convencionalidade judicial como meio de efetivação da justiça”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivim, 2018.

²⁶ Artigo 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. Brasil: Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

²⁷ Supremo Tribunal Federal: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 156*, sentença de data 29 de abril de 2010.

Uruguai, verifica-se que tinha o Supremo Tribunal Federal conhecimento, tanto que assim o referiu ao longo da decisão²⁸. Ocorre que, entendeu ser o caso brasileiro diferente dos demais, haja vista a Lei brasileira não ser uma auto anistia, posto que contempla não apenas militares, mas também perseguidos políticos e indivíduos da sociedade civil acusados de crimes por contrariarem o regime autoritário. Além disso, cabe mencionar, o Ministro Eros Grau colocou que a Lei trata-se de uma lei-medida, isto é, não é uma lei voltada para o futuro, dotada de abstração e generalidade, mas sim uma lei voltada para um contexto específico, com uma finalidade específica, motivo pelo qual não pode ser considerada incompatível com a Constituição²⁹.

Na mesma linha, o STF abordou questões de direito internacional, entendendo, em sua maioria, não haver incompatibilidade da Lei com as normas e tratados de direito internacional. Mas, há que se ressaltar, houve entendimento divergente, conforme se nota no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos³⁰.

Partindo agora para a análise do caso Gomes Lund, sentença proferida no dia 24 de novembro de 2010 (aproximadamente sete meses após a decisão do Tribunal brasileiro), tem-se um posicionamento forte e sedimentado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que toca a compatibilidade das Leis de Anistia, incluindo a lei brasileira, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Operou-se, nesse caso, verdadeiro controle de convencionalidade por parte da Corte IDH, a qual, inclusive, reiterou a importância de se realizar esse controle, para que haja adequação dos sistemas jurídicos internos com a lógica do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, com as determinações da Convenção e respeito ao direito internacional vigente (em que os Estados, soberanos que são, submetem-se se assim o querem, mas, ao submeterem-se, devem cumprir com a ordem imposta)³¹. Desse forma, veja-se trecho retirado da decisão proferida pela Corte IDH:

no presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito

²⁸ Frisa-se que a condenação do Brasil, pela Corte IDH, no que tange à Lei da Anistia (caso Gomes Lund), deu-se após o julgamento pelo STF da ADPF nº 153.

²⁹ Supremo Tribunal Federal: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 156*, sentença de data 29 de abril de 2010.

³⁰ Supremo Tribunal Federal: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 156*, sentença de data 29 de abril de 2010, p. 129.

³¹ Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda)³².

O caso em apreço, vale mencionar, trata-se de ação em que os familiares de vítimas do regime ditatorial (por intermédio da Comissão Interamericana), especificamente as vítimas da Guerrilha do Araguaia, buscaram o reconhecimento da culpabilidade do Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos ocorridos naquele cenário, bem como a punibilidade dos responsáveis por essas violações (que somente seria possível com a revogação da Lei da Anistia, ainda vigente), e reparação material e imaterial por todos os danos sofridos³³.

Nessa conjuntura, a Corte IDH manifestou-se pela condenação do Brasil³⁴, bem como apontou, de forma reiterada, que a Lei nº 6.683/1979 é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e vai contra toda a lógica de proteção e garantia de direitos humanos abarcada pelo Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte³⁵. Entretanto, até o presente momento, passados dez anos da sentença proferida pela Corte IDH, a Lei não foi revogada pelo Estado brasileiro, impedindo investigações, processamento e eventuais punições dos responsáveis pelas violações³⁶.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente foi abordado o cenário em que se deu o surgimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, bem como a lógica de funcionamento da sua estrutura. Tal sistema é formado por dois órgãos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais vem desempenhando um papel de suma relevância no cenário latino-americano. Tanto através de consultas, quanto através da promoção de eventos e publicações que envolvem a temática da proteção aos direitos humanos, bem como da competência jurisdicional da Corte, esse Sistema já é exemplo mundial em âmbito de proteção e garantia de direitos.

A partir disso passou-se a tratar do mecanismo do controle de convencionalidade, ficando assentado que além de realizar um controle de constitucionalidade, por meio do qual se verifica a compatibilidade das leis internas

³² Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, pp. 65-66.

³³ Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

³⁴ Pontua-se que apesar dos fatos terem ocorrido, ou melhor, iniciados antes do reconhecimento, pelo Brasil, da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998), a Corte IDH julgou-se competente para analisar e julgar o caso, haja vista que o crime de desaparecimento forçado, que era o que operou-se no caso em tela, é permanente. Assim sendo, conclui-se que enquanto as vítimas não forem encontradas e declaradas mortas, o crime está acontecendo, isto é, não cessou, motivo pelo qual pode a Corte exercer a sua competência. Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

³⁵ Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

³⁶ Lembra-se que a Corte IDH não possui a função de Tribunal de Apelação, isto é, não atua como uma quarta instância e, portanto, não tem a prerrogativa de revisar decisões proferidas por Tribunais do âmbito interno, como o Supremo Tribunal Federal, entretanto, suas decisões devem sim serem cumpridas, na medida em que o Brasil reconhece a competência jurisdicional da Corte (desde 1998, conforme já referido).

com a Constituição Federal, deve-se pôr em prática, também, o mecanismo do controle de convencionalidade, que se consubstancia na análise da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e demais tratados internacionais. Tal controle, pois, deve-se ser adotado tanto pelos órgãos de jurisdição interna, como pela Corte Interamericana.

Desse modo, procurando-se responder a problemática suscitada no início do trabalho, qual seja: de que forma se operou o controle de convencionalidade na Corte IDH e no Supremo Tribunal Federal (STF), com relação à Lei da Anistia Brasileira? Analisou-se a decisão proferida pelo mais alto Tribunal do País (ADPF nº 153), bem como a decisão proferida pelo órgão competente na conjuntura internacional (caso Gomes Lund), análise através da qual foi possível concluir que muito embora o Tribunal interno conheça o entendimento firmado pela Corte IDH, que se consubstancia na ideia de reconhecer e afirmar reiteradamente a incompatibilidade das Leis de Anistia referentes às ditaduras militares que ocorreram na América Latina, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não o acolhe e não o aplicou com relação ao caso interno.

Assim, pode-se dizer que o STF procurou examinar a compatibilidade da Lei em questão com os documentos internacionais, o que caracteriza um controle de convencionalidade, mas não o operou da mesma forma como fez a Corte IDH, posto que chegaram a conclusões diversas, na medida em que a Corte, ao realizar o controle, averiguou a incompatibilidade e afirmou a necessidade de revogar a Lei da Anistia brasileira, para que haja um mínimo de proteção e garantia aos direitos humanos das vítimas da Guerrilha do Araguaia, dos seus familiares, e demais pessoas que tiveram seus direitos violados em razão do regime ditatorial.

REFERÊNCIAS

Azevedo, Douglas Matheus de: *A utilização do dever de proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de graves violações praticadas por regimes ditatoriais: análise evolutiva das medidas de reparação de suas sentenças*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

Brasil: *Lei nº 6.683*, de 28 de agosto de 1979.

Cavallo, Gonzalo Aguilar: “El juez estatal em la era del constitucionalismo de los derechos”, en Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare (Org.): *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017.

Comparato, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Corte IDH: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira: *O Brasil e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Acesso em: 12 de julho de 2018. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15290-15291-1-PB.pdf>>.

Gonçalves, Heloísa Clara Araújo Rocha: “O controle de convencionalidade judicial como meio de efetivação da justiça”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivim, 2018.

Gorczevski, Clovis: *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

Franco, Fernanda Cristina; Peterke, Sven: “Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos? Análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivim, 2018.

Ledesma, Erédira Salgado: “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 26, 2012, pp. 221-260.

Mazzuoli, Valério de Oliveira: “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, em Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.): *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivim, 2018.

Mendes, Gilmar Ferreira: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Organização Dos Estados Americanos: *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)*.

Piovesan, Flávia: *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Proner, Carol: *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

Quiroga, Cecilia Medina; Rojas, Claudio Nash: *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Chile: Andros, 2007.

Supremo Tribunal Federal: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 156*, sentença de data 29 de abril de 2010.

Trindade, Antônio Augusto Cançado: *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.