

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS TRANSFORMAÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A ADPF 153 E A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND**

THE CONVENTIONALITY CONTROL AND TRANSFORMATIONS IN CONTEMPORARY CONSTITUCIONALISM: ADPF 153 AND THE DECISION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE GOMES LUND CASE

**Fernando Luis Coelho Antunes\***

**Como citar:** ANTUNES, Fernando Luis Coelho. O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo: a ADPF 153 e a decisão da corte interamericana de direitos humanos no caso Gomes Lund. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p.153-190, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p153. ISSN: 1980-511X.

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é discutir as transformações no constitucionalismo contemporâneo e o impacto no direito constitucional nacional, notadamente no controle de constitucionalidade das leis, no contexto do transconstitucionalismo e diante da perspectiva do controle de convencionalidade ser utilizado no Brasil, considerando a tensão entre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2010 e, no mesmo ano, a decisão da Corte

\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado. Professor da Universidade Católica de Brasília (UCB). fcoelhoantunes@yahoo.com.br

Interamericana no caso *Gomes Lund*, que condenou o Estado brasileiro por crimes cometidos na Guerrilha do Araguaia. O tema suscita ainda reflexões sobre a influência do direito internacional dos direitos humanos no direito interno e permanece em aberto no Brasil, uma vez que o STF ainda não julgou os embargos de declaração proposto pelo Conselho Federal da OAB na ADPF nº 153 e foi proposta uma nova ADPF, a nº 320/DF, com o intuito de questionar os efeitos da Lei de Anistia de 1979 diante da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e requerer o cumprimento integral dos pontos decisórios da sentença da Corte IDH pelo Estado brasileiro. O trabalho, portanto, utilizará a metodologia crítico-analítica e examinará as novas tendências do constitucionalismo de modo interdisciplinar, com ênfase no direito constitucional, no direito internacional e nos direitos humanos internacionais, bem como nas diretrizes da justiça de transição e do processo de direito à memória e à verdade em curso no país.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Controle de convencionalidade. Transconstitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Abstract:** The aim of this article is to discuss the transformations in contemporary constitutionalism and the impact on national constitutional law, especially in the control

of constitutionality of laws, in the context of the transconstitutionalism and in view of the perspective of conventionality control being used in Brazil, considering the tension between the (ADPF) n° 153/DF by the Federal Supreme Court (STF) in 2010 and, in the same year, the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the *Gomes Lund* case, which condemned the Brazilian State for crimes committed in the Guerrilla of Araguaia. This matter also raises questions about the influence of international human rights law in domestic law and remains open in Brazil, since the STF has not yet adjudicated the declaration embargoes proposed by the Federal Council of the OAB in the ADPF n° 153 and a new ADPF, n° 320/DF, in order to question the effects of the Amnesty Law of 1979 before the condemnation of Brazil in the *Gomes Lund* case in the Inter-American Court of Human Rights and to request full compliance with the decision points of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights by the Brazilian State. The work will therefore use the critical-analytical methodology and examine the new trends of constitutionalism in an interdisciplinary way, with an emphasis on constitutional law, international law and international human rights, as well as on transitional justice and the rule of law memory and truth in the country.

**Keywords:** Constitutionalism. Conventionality control. Transconstitutionalism. Inter-American Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

A discussão sobre quem deve ter a última palavra no controle de constitucionalidade das leis é um dos debates fundamentais da teoria da constituição, e remonta, entre outros temas, ao clássico embate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o “guardião da constituição”. Mesmo considerando vitorioso nessa disputa o difundido modelo kelseniano de jurisdição constitucional, atribuído a uma corte técnica, com o monopólio para exercer o controle de constitucionalidade das leis, as reflexões sobre o tema se justificam, pois permanecem atuais e necessárias, sobretudo em um contexto de progressiva influência do direito e dos tribunais internacionais nos ordenamentos constitucionais nacionais. Aliás, o tema das tensões entre ordens internas e internacionais é tão premente que Teubner (2003) vai além e sustenta a emergência de um direito global, diverso do direito internacional e do direito do Estado-nação e impulsionado por atores da sociedade civil internacional.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, chama a atenção casos recentes nos quais as decisões do tribunal constitucional podem ser confrontadas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporada e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Nesse particular, é paradigmático o julgamento da ADPF n. 153 pelo STF, ocorrido em 2010, no qual o STF não declarou a nulidade da extensão da anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante a ditadura. Isso porque, logo depois dessa decisão, meses depois, também em 2010, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH),

no caso *Gomes Lund*, relacionado a graves violações de direitos humanos na ocasião da repressão estatal a Guerrilha do Araguaia, na década de 1970, e foi instaurada uma divergência entre o Supremo e a Corte IDH sobre a interpretação da extensão e da validade da Lei n.6.683, de 1979 (Lei de Anistia). Essa incompatibilidade entre as normas internas e o conteúdo dos tratados e convenções internacionais enseja o denominado controle de convencionalidade.

O presente artigo analisará a judicialização da revisão da Lei de Anistia na ADPF nº 153, cuja definição ainda está pendente de manifestação do STF, e as consequências da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, sob os marcos conceituais do transconstitucionalismo (NEVES, 2009) e do controle de convencionalidade, que fundamentaria um diálogo jurisdicional entre as cortes nacionais e as internacionais no sistema interamericano.

O texto possui quatro objetivos: inicialmente, analisar os equívocos da decisão do STF no julgamento da ADPF nº 153/DF, a partir da jurisprudência da corte constitucional, das diretrizes do direito à memória e à verdade sobre a anistia política e das disposições dos direitos humanos internacionais; posteriormente serão examinadas as implicações da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund vs. Brasil*, com ênfase na impossibilidade dos Estados concederem auto anistias, e de acordo com a jurisprudência da Corte IDH; em um terceiro momento serão discutidas as transformações no constitucionalismo contemporâneo no contexto de progressiva influência do direito internacional dos direitos humanos nos ordenamentos internos, a partir dos conceitos de transconstitucionalismo e do controle de convencionalidade. Finalmente, será apresentado o estágio atual da

possibilidade de revisão da Lei de Anistia pelo STF, notadamente após a propositura da ADPF nº 320/DF em 2014, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

O trabalho, portanto, analisará os principais argumentos jurídicos e as transformações no constitucionalismo contemporâneo que fundamentam e justificam uma nova perspectiva sobre a revisão da Lei de Anistia pelo Supremo Tribunal Federal.

## **1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DA ADPF 153: UMA DECISÃO EQUIVOCADA**

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF), em outubro de 2008, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153) e questionou a validade da anistia concedida aos agentes estatais, mediante o requerimento da interpretação do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 6683 de 1979 (Lei de Anistia), em conformidade com a Constituição Federal de 1988, visando declarar a nulidade da extensão da anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante a ditadura, concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos (BRASIL, 2010).

Um dos objetivos do Conselho Federal da OAB nesse requerimento era evitar que a anistia política contida na Lei questionada abrangesse os crimes comuns e as graves violações de direitos humanos cometidas por agentes estatais durante a ditadura, notadamente crimes como as execuções sumárias, os desaparecimentos forçados e as torturas, por exemplo, que não poderiam ser considerados crimes conexos aos crimes políticos (BRASIL, 2010).

Em seu voto, o relator, ministro Eros Grau, julgou improcedente o pedido do Conselho Federal da OAB, e fundamentou seu posicionamento na concepção de que a Lei de Anistia teria sido uma modalidade de transição conciliada para a democracia que resguardara a estabilidade por meio de um acordo político (BRASIL, 2010).

Citadino (2012) efetua uma síntese precisa dos principais argumentos suscitados nos votos dos ministros do STF na ADPF n. 153, bem como enumera os pontos centrais de convergência entre os ministros e as ministras que seguiram o voto do relator, ministro Eros Grau, e validaram a Lei de anistia, no caso: Carmem Lucia Antunes Rocha, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso. Nos votos, ministros e ministras destacaram existir, em suma:

- a) Concordância acerca da interpretação do contexto histórico no qual a Lei da Anistia foi promulgada. Os ministros identificaram, no Brasil, circunstâncias históricas e políticas que permitem considerar a Lei de Anistia o resultado de um pacto político que contou com a efetiva e ativa participação da sociedade civil;
- b) Reconhecimento do caráter bilateral da anistia definida na Lei n° 6.683/79, que atingiu igualmente tantos os adversários da ditadura militar quanto os agentes responsáveis pela repressão; não teria havido, no Brasil, um modelo de auto-anistia;
- c) Admissão da indulgência soberana do Estado, que pode anistiar não apenas os delitos de natureza política, mas igualmente outros ilícitos penais; historicamente, a legislação brasileira sobre anistia sempre incluiu os chamados “crimes conexos”;
- d) Entendimento de que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não cabe revisão criminal quando o pedido se basear em

mudança de interpretação da lei;

e) Defesa da prescrição penal em face dos mais de 30 anos transcorridos após a promulgação da Lei da Anistia;

f) O direito à verdade e à memória pode ser assegurado à sociedade brasileira, identificando responsabilidades históricas, sem que para tanto seja necessário alterar a interpretação da Lei de Anistia. (CITTADINO, 2012 p.430)

Foram contrários ao voto do relator, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. De acordo com Ayres Britto deveria ser considerada a vontade objetiva da lei e não a vontade subjetiva do legislador, de modo que a Lei de Anistia não teria validado graves violações de direitos humanos. Como afirmou o ministro em seu voto: “Quem redigiu essa lei não teve coragem, digamos assim, de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos, pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas” (BRASIL, 2010). Para Lewandowski, não havia correspondência entre os crimes políticos atribuídos aos que resistiam à ditadura e os crimes comuns praticados pelos agentes estatais, e por essa razão votou contra a validade da Lei de Anistia para as graves violações de direitos humanos praticadas por repressores da ditadura (BRASIL, 2010).

Outro argumento presente no voto de Eros Grau foi a defesa de que a iniciativa para eventual revisão da Lei de Anistia deveria partir do Poder Legislativo. No entanto, essa postura minimalista (SUSTEIN, 2009; OLIVEIRA, 2008) ou menos ativista do Poder Judiciário, defendida pelo relator no caso, destoava do papel ativo que o Supremo Tribunal Federal tem representado nas últimas décadas, e a incoerência dessa modalidade de “minimalismo seletivo” suscitado na ADPF n° 153/



DF, sobretudo na argumentação do ex-ministro Eros Grau, é apontada por Meyer (2012, p.89): “Todas essas decisões demonstram como foi o uso do argumento da dificuldade contramajoritária na ADPF n° 153/DF. Ele serviu para enfatizar uma posição passivista da Corte que não costuma ser observada por ela”.

Acunha e Benvindo (2012, p.187), ao analisarem o voto de Eros Grau, também criticam essa argumentação minimalista presente na decisão do Relator, de que apenas o Legislativo seria legitimado a reanalisar o suposto acordo político que fundamentaria a Lei de Anistia, e apontam a incongruência entre essa postura de ocasião no julgamento da ADPF 153 e a tendência ativista do STF nos últimos anos.

Cittadino (2012, p.431) identifica ainda uma “aversão ao conflito” ao examinar o discurso contido nos votos de alguns ministros do STF contrários a revisão da Lei de Anistia, que argumentaram existir uma suposta identificação entre anistia e amor, entre anistia, perdão e esquecimento, e também elementos culturais que estariam baseados na concórdia e na convivência pacífica, na contramão das recentes formulações sobre memória e verdade (ABRÃO; TORELLY, 2012).

Em relação ao controle de constitucionalidade e a influência do direito internacional, o Supremo Tribunal Federal, em 2002, na ADI 595/ES, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello (BRASIL, 2002) reconheceu a influência de um “bloco de constitucionalidade” (FAVOREU, 1990; CANOTILHO, 1987) e de uma “ordem constitucional global” que deveria servir de paradigma para o exame de constitucionalidade de leis e normas infraconstitucionais. (RAMOS, 2014, p. 357). De acordo com o voto do Relator:

É por tal motivo que os tratadistas [...], em

vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Essa argumentação, que sustenta a existência de um “bloco de constitucionalidade” e uma “ordem constitucional global”, destoa da decisão autocentrada que o STF tomou na ADPF 153, na qual o Tribunal ignorou os precedentes da Corte IDH sobre o tema da anistia.

A Emenda Constitucional n° 45/2004 introduziu o par. 3° ao art. 5° da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados,

em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A jurisprudência do STF e essa Emenda Constitucional asseguraram o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e a teoria do duplo estatuto desses tratados, ou seja: caráter constitucional para os tratados aprovados conforme o rito do art. 5º, par. 3º e status supralegal para todos os demais, aprovados pelo rito comum, de maioria simples e turno único na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. (RAMOS, 2014, p. 350).

Decorre daí, de acordo com Ramos (2014, p. 350) que:

- a) as leis (inclusive as leis complementares) e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;
- b) os tratados de direitos humanos incorporados pelo rito simples não têm estatuto constitucional, logo não cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a compatibilidade entre leis ou atos normativos e tratado internacional de direitos humanos;
- c) cabe ao STF realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis em relação aos tratados recepcionados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, que passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito.

O primeiro tratado internacional aprovado com esse rito do par. 3º do art. 5º foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que promulgou o tratado

no Brasil via Decreto Presidencial nº 6949, de 25 de agosto de 2009.

Ocorre que o par. 2º do art. 5º da CF/88 amplia esse bloco de constitucionalidade restrito, e, ainda que não seja a posição majoritária no STF, assegura equivalência entre os tratados de direitos humanos e a norma constitucional (RAMOS, 2014, p.357), pois estabelece que: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa é uma das razões pelas quais, como se verá nos tópicos seguintes, o controle de convencionalidade se aplica a qualquer conflito entre o ordenamento interno e as convenções internacionais.

Os tratados internacionais são gradualmente utilizados na fundamentação de decisões do STF, sobretudo após a ratificação, pelo Brasil, de várias convenções internacionais, como são exemplos a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos incorporados internamente em 1992. (RAMOS, 2010, p. 295).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizou como referência a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, ao menos na apreciação de dois casos: no julgamento da prisão civil por dívidas do depositário infiel e na definição sobre a obrigatoriedade do diploma de curso superior para o exercício do jornalismo.

Em relação a prisão civil do depositário infiel, a justificativa para a exclusão dessa modalidade de restrição no direito interno pelo STF adveio da normativa internacional:

A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da

Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. [HC 87.585, rel. min. Marco Aurélio, j. 3-12-2008, P, *DJE* de 26-6-2009.]

E ainda, nesse sentido, o RE 466.343:

(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). [RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, *DJE* de 5-6-2009, com repercussão geral. <sup>[RE]</sup> RE 349.703, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, *DJE* de 5-6-2009. <sup>[RE]</sup> Vide: HC 84.484, rel. min. Ayres Britto, j. 30-11-2004, 1a T, *DJ* de 7-10-2005.

Em virtude dessa decisão, o STF editou, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante nº 25, pela qual: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Já no que se refere a obrigatoriedade do diploma de curso superior para o exercício do jornalismo, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, foi destacada pelo STF decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema:

A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1o, da Constituição<sup>1</sup>. (...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13-11-1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso *La colegiación obligatoria de periodistas* – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13-11-1985). Também a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25-2-2009). [RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes,

<sup>1</sup> De acordo com a Constituição Federal nesse ponto: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.  
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

j. 17-6-2009, P, *DJE* de 13-11-2009.]

Note-se que há nessa decisão a afirmação de que a normativa internacional estaria abaixo da Constituição Federal, porém acima da legislação infraconstitucional. O problema do julgamento do STF na ADPF 153, no entanto, não pode ser reduzido apenas ao status de constitucionalidade dos tratados internacionais, mas é preciso destacar que o Tribunal constitucional partiu de uma concepção limitada e distorcida do significado da anistia.

Inicialmente, anistia não é perdão e nem pode se converter em uma amnésia institucional, que nega a ocorrência dos fatos e das graves violações como se não tivessem ocorrido (CHUEIRI, 2012). Nos termos de Derrida (NASCIMENTO, 2005), a visão da anistia como exercício de esquecimento e processo de cura e cicatrização não significa algo oposto à memória e verdade, ao contrário, as ações de responsabilização, organização e divulgação dos relatos das vítimas é o que viabiliza a resistência e a superação, essa é uma das razões pelas quais o Estado não pode se auto anistiar. (CHUEIRI, 2012, p.613-627)

Além disso, a despeito do acúmulo do direito internacional sobre a responsabilização de agentes estatais que cometeram graves violações de direitos humanos em países latino-americanos que vivenciaram contextos de ditadura, o STF ignorou os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, que já fora utilizado pela corte constitucional em outras ocasiões. Como sustenta Meyer (2012, p.89) “Caberia, pois, ao Supremo avançar sobre o texto da Lei de Anistia e conferir-lhe uma interpretação consentânea com a Constituição de 1988”. A decisão do STF na APDF n° 153, portanto, é equivocada por vários motivos.

## 2 O CASO GOMES LUND E A JURISPRUDÊNCIA DA CIDH: A IMPOSSIBILIDADE DAS AUTO-ANISTIAS

Protagonizando cada familiar das vítimas uma tragédia pessoal, como uma batalha da *Antígona* de Sófocles na modernidade, desafiando o Estado na tentativa de enterrar os restos mortais de seus entes, as iniciativas para localizar os corpos dos desaparecidos na guerrilha do Araguaia tiveram início com ação judicial face a União federal em 1982. Posteriormente, em 1995, foi acionada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH), em petição dos familiares para a CIDH, elaborada pelo Centro pela Justiça, pelo Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas, que acarretou a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, em 24 de novembro de 2010 (BRASIL, 2014, p. 715).

A guerrilha do Araguaia inaugurou uma nova modalidade de repressão da ditadura brasileira. Na ocasião foi aprofundada a articulação das ações da repressão que, paralelamente a legalidade autoritária (PEREIRA, 2010) vigente nas instituições, empreendia técnicas clandestinas dos agentes estatais que se valiam permanentemente da tortura, do extermínio e do desaparecimento forçado (NETTO; CARVALHO; PINTO, 2012).

O relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) (BRASIL, 2014) demonstrou que a ação do Estado brasileiro foi tão subterrânea e criminoso na repressão e extermínio da guerrilha do Araguaia que até mesmo os números das vítimas ainda são controversos. Em um primeiro momento, a Comissão Especial de Mortos e



Desaparecidos Políticos (CEMDP), criada pela Lei no 9.140/1995, reconheceu, em relatório de 2007, 61 desaparecidos na guerrilha do Araguaia. Em um segundo momento, foram acrescentadas 3 vítimas ao número de desaparecidos, chegando-se a um total de 64 vítimas. Os familiares que peticionaram para a Corte IDH afirmaram que eram 70 o número de desaparecidos, pois camponeses também foram vítimas. Finalmente, a CIDH reconheceu 62 desaparecidos políticos da guerrilha do Araguaia, uma vez que os restos mortais de Maria Lúcia Petit foram localizados e identificados, de modo que ela foi considerada como vítima de execução sumária (BRASIL, 2014, p. 716).

O Estado brasileiro foi, portanto, responsabilizado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de ao menos 63 pessoas na guerrilha do Araguaia, e também pela inércia em investigar penalmente as graves violações cometidas nessa ocasião. O desrespeito a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil se deveu, entre outros fatores, pela interpretação da Lei de Anistia, que não observou o dever internacional do país de investigar e responsabilizar os agentes que comentaram graves violações de direitos humanos e de adequar o direito interno aos dispositivos da Convenção (BRASIL, 2014, p. 717).

O caso *Gomes Lund* constitui, nesse contexto, um paradigma de tensão entre os dispositivos internacionais e o direito interno após a decisão do STF na ADPF n° 153 em 2010. A sentença do caso *Gomes Lund* declarou os crimes de desaparecimento forçado praticado pelo Estado brasileiro como grave violação de direitos humanos, insuscetível de anistia.

A jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos é reconhecida como obrigatória pelo Brasil desde 10 de dezembro de 1998. (RAMOS, 2010, p. 295). O caráter normativo da

Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser examinada com base na Opinião Consultiva n.14 da Corte interamericana de Direitos Humanos, “[...] que afirma que a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser cumprida, em qualquer hipótese, em nome da proteção de direitos humanos, mesmo que contrarie dispositivo constitucional originário”. (RAMOS, 2010, p. 296)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui jurisprudência consolidada sobre a impossibilidade de os Estados concederem auto-anistias. Antes do *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, em 2010*, os precedentes na CIDH aconteceram nos seguintes julgamentos: *Caso Barrios Altos Vs. Peru (2001)*, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006)* e *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo (2006)*.

Posteriormente, a CIDH reafirmaria esse entendimento nos casos: *Gelmán Vs. Uruguay (2011)*, *Contreras e Outros Vs. El Salvador (2011)*, *Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador (2012)* e em *Gudiel Álvarez e Outros (“Diário Militar”) Vs. Guatemala (2012)*.

O ponto em comum desses casos reside no fato da edição de leis internas em países sulamericanos que tentaram anistiar e impedir a responsabilização de agentes estatais por graves violações de direitos humanos, notadamente tortura, execuções sumárias e extrajudiciais e o desaparecimento forçado de pessoas, cometidas mormente em ditaduras ou em episódios de violência estatal. O entendimento da CIDH nesses casos foi de que privar as vítimas e seus familiares do direito à verdade e à justiça viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, e por essa razão as leis de auto anistia não possuem validade e não podem gerar efeitos jurídicos (CANÇADO TRINDADE, 2007).

Mazzuoli e Gomes (2011) examinam a incoerência entre a jurisprudência internacional e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. Os autores atentam para essa tensão entre a soberania internacional dos países e o cenário de progressiva influência dos direitos humanos internacionais no direito interno, e afirmam que está superado o modelo dualista, pelo qual o direito dos países estaria desvinculado do ordenamento internacional, sendo certo que atualmente o sistema monista, segundo o qual o direito é uno e indivisível, é o mais adequado, sobretudo após a vigência no Brasil da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (MAZZUOLI; GOMES, 2011, p.53).

A internacionalização dos direitos humanos se caracteriza pela profusão de tratados de direitos humanos tanto no sistema global da ONU, quanto nos sistemas regionais, como é exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A adesão dos países a esses tratados assegura aos tribunais internacionais um caráter complementar em relação às jurisdições nacionais. (MAZZUOLI; GOMES, 2011, p.54). Como consta na sentença do caso Gomes Lund (CORTE IDH, par. 32): “A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais”.

Igualmente relevante, nesse sentido, é o fato do Brasil ter aderido formalmente ao direito internacional dos direitos humanos e ser signatário da quase totalidade dos tratados internacionais, tanto globais como regionais (MAZZUOLI; GOMES, 2011, p.60). Em virtude dessa adesão, o país já fora condenado na Corte IDH, cuja jurisdição reconheceu em 1998, antes mesmo do caso Gomes Lund em 2010.

A primeira condenação do Brasil ocorreu no caso Damião

Ximenes, em 2006, em que o Estado brasileiro foi responsabilizado pela morte sob custódia de Damião Ximenes Lopes, em uma instituição de tratamento psiquiátrico, bem como por não investigar adequadamente as circunstâncias dessa morte. Pelo Decreto 6.186/2007, o então presidente Luís Inácio Lula da Silva autorizou a Secretaria Especial de Direitos Humanos a cumprir a sentença da Corte IDH e a pagar indenização aos familiares das vítimas. (MAZZUOLI; GOMES, 2011, p. 62).

O Brasil seria condenado posteriormente pela Corte IDH, entre outros casos, em diversas violações de direitos humanos no sistema penitenciário, como foram exemplos os casos dos presídios de Urso Branco, em Rondônia, o Presídio Central de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, e o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão.

Ainda que a influencia dos tratados internacionais na jurisprudência do STF seja crescente, as decisões sobre direitos humanos fundamentadas nas decisões e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda são tímidas (RAMOS, 2009).

O julgamento do STF na ADPF nº 153 gerou, portanto, uma situação de tensão entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno que ainda não foi resolvida, e, por essa razão, é importante analisar as transformações no controle de constitucionalidade com base no controle de convencionalidade e no transconstitucionalismo (NEVES, 2009), que será feita no próximo tópico.

### **3 AS TRANSFORMAÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: TRANSCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Um dos pressupostos do constitucionalismo moderno, calcado no monismo jurídico e na soberania estatal, reside na concepção kelseniana do controle jurisdicional de constitucionalidade ser exercido exclusivamente por uma corte constitucional. No entanto, o controle de constitucionalidade passa por transformações ocasionadas, entre outros fatores, pela progressiva influência no ordenamento interno da normativa, dos tribunais e decisões internacionais.

O julgamento do caso *Gomes Lund vs. Brasil* suscitou a incompatibilidade entre a decisão do STF no julgamento da ADPF n° 153 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, e reforça a influência dos direitos humanos internacionais nos ordenamentos nacionais.

NEVES (2009), nesse sentido, sustenta que no cenário contemporâneo estão em curso transformações estruturais no constitucionalismo, ocorridas em um contexto de globalização do direito constitucional, que passa por um processo de emancipação do Estado, em que outras esferas jurídicas possuem atribuições decisórias em matérias constitucionais, por vezes contrariando os ordenamentos estatais nacionais, que pode ser definido como transconstitucionalismo. O conceito vincula-se à controvérsias constitucionais que podem abranger a competência de “[...] uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas” de diversos tribunais aptos a solucionar o caso, sejam estatais, internacionais, transnacionais ou supranacionais, e mesmo locais. Em oposição a considerar uma ordem jurídica como absoluta ou como referência exclusiva, Neves propõe a elaboração de “pontes de transição”, a utilização de “conversações” e “entrelaçamentos” constitucionais entre esses diversos ordenamentos, em uma ruptura com o conflito monismo x pluralismo.

Desse modo, no constitucionalismo contemporâneo, a concepção tradicional de controle de constitucionalidade dispensado exclusivamente à corte constitucional nacional, vinculada a um Estado nacional, deve ser ampliada para considerar outras esferas normativas que possuem atribuições semelhantes na proteção dos direitos humanos.

Decorre do transconstitucionalismo a proposta de uma modalidade de diálogo transconstitucional envolvendo o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não se resume meramente a imposição da decisão do tribunal internacional a corte constitucional brasileira. A solução de tensões constitucionais envolve ambas as cortes e não se trata da existência da emergência de Constituições não estatais, mas sim o fato de que essas divergências entrelaçam simultaneamente ordens jurídicas diferentes, abrangendo as ordens internacionais e as nacionais (NEVES, 2009, p. 256; Maia, 2014, p. 17).

O controle de convencionalidade é um mecanismo que permite aos Estados assegurar a obrigação de garantir os direitos humanos no âmbito interno e confrontar a conformidade das normas e decisões nacionais a Convenção Americana de Direitos Humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p.3).

Nesse contexto de avaliar a compatibilidade entre as normas domésticas e as internacionais é que, relacionado à concepção de transconstitucionalismo, decore as diretrizes do controle de convencionalidade, como disposto no parágrafo nº 176 da sentença da Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (2010):

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

O que fica expresso nesse excerto da sentença da Corte IDH é que o Poder Judiciário interno, para além do conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve considerar no exercício do controle de convencionalidade a hermenêutica da Convenção exercida pela Corte Interamericana.

O controle de convencionalidade surge pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016). Trata-se de caso ocorrido no Chile, durante a ditadura de Pinochet, que interrompeu o governo do Presidente Allende em 1973. Luis Alfredo Almonacid Arellano, professor e militante do Partido Comunista, foi detido e alvejado com tiros por soldados em 16 de setembro de 1973. O Decreto-lei nº 2191

de 1978 concedeu anistia a todas as pessoas que haviam cometido crimes entre 1973 e 1978, fato que impedia a investigação e responsabilização pela morte de Almonacid Arellano. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 4). Entre outros casos, a Corte IDH destacaria o controle de convencionalidade nos casos *La Cantuta Vs. Perú* (2006) e também em *Boyce y otros Vs. Barbados* (2007).

Nesse sentido, como forma de forma de estimular o controle de convencionalidade, surgem propostas de inserir o controle de constitucionalidade dos direitos humanos no diálogo jurisdicional no contexto latino-americano, uma vez que há um intercâmbio crescente entre precedentes jurisprudenciais sobre as denominadas violações de direitos humanos nas Cortes internacionais (PIOVESAN, 2013, p. 389). De acordo com Piovesan (2013, p.390) há a emergência de um novo paradigma que envolve a cultura jurídica latino-americana, com impacto nos modelos constitucionais, sob o influxo do ‘*human rights approach*’, que consiste na ampliação do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos humanos internacionais, bem como em uma alteração no constitucionalismo e no protagonismo do Estado (*o state approach*).

Esse novo paradigma geraria uma crise e um deslocamento da pirâmide kelseniana, calcada na constituição interna no ápice do ordenamento jurídico, para a emergência de um trapézio, com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no vértice da ordem jurídica, em oposição a um sistema jurídico ‘endógeno’ e ‘autorreferencial’ (PIOVESAN, 2013, p.390).

Além disso, nesse contexto, para a concretização desse paradigma seria indispensável estimular o dialogo jurisdicional em matérias de direitos humanos entre diferentes ordens jurídicas e



cortes nacionais e internacionais, bem como promover o diálogo entre jurisdições e o controle de convencionalidade, com a consolidação de um *ius commune* latino-americano, que consistiria em um parâmetro protetivo mínimo para os direitos humanos na região (PIOVESAN, 2013, p. 405)

Soa interessante essa alteração de paradigma, e essa centralidade dos direitos humanos, que para Piovesan (2013) parece ocorrer de modo consensual, harmônico e naturalmente. No entanto, essa visão romantizada do Poder Judiciário como reduto da técnica e avesso as disputas de poder e imune à influência política, bem como a tensão em relação ao monopólio da última palavra sobre questões constitucionais é problematizada por Benvindo (2014, p.3), que sustenta existir, subjacente a esse desejo, um “discurso por mais poder” (BENVINDO, 2014, p. 9).

De todo modo, a relação entre os tribunais internacionais e os internos não consiste em uma relação de subordinação, em que ocorre anulação ou reformulação de uma sentença definida por uma corte interna. A análise é dirigida para a compatibilidade da decisão com os compromissos internacionais do qual o Estado é parte, ou seja:

[...] “descabe afirmar que, com o reconhecimento brasileiro de uma determinada jurisdição internacional, haveria uma subordinação automática de nosso Supremo Tribunal Federal ao órgão judicial internacional. Pelo contrário, não há sombra de subordinação de um órgão judicial nacional a outro internacional, mesmo quando o ato tido como violador é uma decisão judicial interna. A decisão brasileira, por exemplo, é atacada não como ato judicial, sujeito a impugnação e revisão, mas sim, como mero fato, que será examinado à luz dos tratados internacionais para posterior responsabilização do Estado brasileiro.

“Não estaremos criando um Tribunal superior ao Supremo Tribunal Federal” (RAMOS, 2008, p. 451; MAIA, p. 107).

Os tribunais domésticos, portanto, não estão subordinados hierarquicamente aos tribunais internacionais, seja de acordo com a abordagem transconstitucional, seja de acordo com a dogmática do direito internacional público. Assim, inexistente na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, um órgão central e hierarquicamente superior que estabeleça regras para a divisão do trabalho (competência) ou para a solução dos conflitos pertinentes aos problemas jurídico-constitucionais comuns (NEVES, 2009, p. 132; RAMOS, 2008, p. 381, MAIA, 2014, p.107).

De acordo com Neves, também, não se trata de utilizar o modelo hierárquico-piramidal, mas na verdade um “entrelaçamento entre ordens de tipo diferente” (NEVES, 2009, p. 132), de modo que não há a prevalência de uma sobre a outra.

O diálogo entre as Cortes, por outro lado, é salutar, pois tanto o STF quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem a função de proteger e promover os direitos fundamentais. De acordo com Ramos (2010), é preciso superar uma fase de ambiguidade na qual o Brasil adere formalmente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém não observa as normas desses órgãos, e compatibilizar a jurisprudência do STF com as decisões e enunciados das Cortes internacionais regionais do qual o país faz parte. Como sintetiza o autor:

Esse caminho “nacionalista” nega a universalidade dos direitos humanos e transforma os tratados e a Declaração Universal de Direitos Humanos em peças de retórica, pois permite que cada país interprete ao

seu talante os direitos universais, gerando riscos de abuso e relativismo puro e simples. (RAMOS, 2010, p. 299).

As transformações no constitucionalismo contemporâneo, portanto, denotam uma crescente inter-relação entre os ordenamentos nacionais e internacionais, pelo qual o modelo de controle de constitucionalidade privativo de uma corte constitucional interna é questionado. É impossível, nesse sentido, ignorar o direito internacional e a jurisprudência da Corte IDH sobre o tema da anistia, como fez o STF no julgamento da ADPF n° 153 até o momento. Essa incompatibilidade foi problematizada na ADPF n° 320/DF como se verá a seguir.

#### **4 O ESTÁGIO ATUAL DA REVISÃO DA LEI DE ANISTIA NO BRASIL: A ADPF N° 320/DF**

Diante da decisão do STF na ADPF n° 153, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB interpôs embargos de declaração em 16 de março de 2011.

O fundamento dos embargos de declaração da OAB foi de que a sentença do STF não enfrentou “*a premissa de que os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política vigente, ao passo que os outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor*”<sup>2</sup>.

Em dezembro de 2011 o então procurador-geral da República, Roberto Gurgel, apresentou parecer em que defendeu a inadmissibilidade

<sup>2</sup> Embargos de Declaração do Conselho Federal da OAB, de 13/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=651737>>. Acesso em 23/03/2016.

dos embargos de declaração proposto pela OAB, utilizando, em linhas gerais, o mesmo argumento do voto do Relator, Eros Grau, de que a Lei de Anistia seria resultado de um debate nacional, com participação de setores da sociedade civil, em que teria havido consenso sobre os termos da Lei que regulamentou a transição política. A ressalva feita por Gurgel nesse Parecer foi o de permitir o livre acesso aos arquivos da ditadura, proposto na ADIN 4077/2008.

O julgamento foi adiado em 22 de março de 2012, a pedido do Conselho Federal da OAB. De modo que, até o momento, ainda está pendente o julgamento de Embargos de Declaração opostos pela OAB em face da decisão da corte constitucional de validar a Lei de Anistia.

Em 15 de maio de 2014, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no STF a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 320/DF em que questionou os efeitos da Lei de Anistia de 1979 diante da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo dessa ADPF foi requerer ao STF que determine a todos os órgãos do Estado brasileiro o cumprimento integral dos pontos decisórios da sentença da Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, além de alegar a violação de dispositivos constitucionais fundamentais, mais especificamente os artigos. 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988

A ADPF nº 320/DF foi distribuída ao Ministro Luiz Fux, e os autos apensos aos da ADPF nº 153, e até o momento ainda aguarda julgamento. Em agosto de 2014 a Procuradoria-Geral da República se manifestou na ADPF nº 320 e ofereceu Parecer em que defendeu o

conhecimento parcial e a procedência parcial da ADPF nº 320/DF, para que o Supremo Tribunal Federal dê ao art. 1º da Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia), interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos:

É admissível arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença do caso GOMES LUND E OUTROS VERSUS BRASIL, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarem extinta a punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei da Anistia (Lei 6.683/1979), sob fundamento de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou por não caracterizarem como crime permanente o desaparecimento forçado de pessoas, ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver, e outros crimes graves perpetrados por agentes estatais no período pós-1964. Essas interpretações violentam preceitos fundamentais contidos pelo menos nos arts. 1º, III, 4º, I e II, e 5º, §§ 1º a 3º, da Constituição da República de 1988. (BRASIL, PGR, 2014)

Ao defender a interpretação conforme da Lei de Anistia a PGR requereu expressamente a exclusão de qualquer hermenêutica que assegure a extinção da punibilidade de crimes contra a humanidade e conexos, praticados por agentes estatais, civis ou militares, no exercício da função ou não, bem como “[...] acarretar a extensão dos efeitos da lei a crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometido após essa data”. A defesa da punição dos agentes estatais que cometeram graves violações de direitos humanos, notadamente por observância dos dispositivos do direito internacional também é feita por Weichert (2014) e Marx (2014).

Nesse sentido, Gargarella (2003, p.193-195), ao examinar o papel do Judiciário nas democracias surgidas após períodos ditatoriais na América Latina, levanta o questionamento sobre o papel das supremas cortes como detentoras da “ultima palavra institucional”, diante da opção de promover ou desrespeitar a Convenção Americana de Direitos Humanos, e em tribunais constitucionais formados por juízes oriundos dos mesmos extratos de classes sociais, raça e gênero, e que muitas vezes atuam comprometidos com interesses das classes mais poderosas. Por esse prisma, não é de se estranhar a decisão do STF no julgamento da ADPF n° 153, baseado numa concepção conciliatória e que compreende de forma distorcida anistia como sinônimo de esquecimento: é em síntese a mesma estrutura do Judiciário que legitimou o autoritarismo da ditadura e agora pode consolidar a impunidade de autores de graves violações de direitos humanos.

No momento, a ADPF n° 320/DF propiciou ao STF uma nova oportunidade de adequar o direito interno às diretrizes internacionais que vedam de forma contundente a auto-anistia para autores de graves violações de direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Em síntese, o presente artigo explorou os equívocos da decisão do STF no julgamento da ADPF n° 153, notadamente o fato da corte constitucional ter utilizado uma concepção errônea de anistia, confundida com esquecimento, na contramão de medidas de justiça, memória e verdade. Além disso, a decisão foi construída com base em uma visão

conciliatória da transição política no Brasil, incompatível com os estudos sobre a participação da sociedade civil e os tensionamentos desse processo. O STF ignorou a jurisprudência internacional sobre o tema e até mesmo decisões da própria corte, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como se valeu de um minimalismo seletivo na ocasião do julgamento, diferentemente da tendência do Tribunal nos últimos anos.

Nesse contexto, a progressiva internacionalização dos direitos humanos e a sua influência nos direitos internos dos países foi consubstanciada na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, também em 2010, logo após o julgamento da ADPF nº 153, ocasião em que um tribunal internacional demonstrou a incoerência e a impossibilidade dos Estados concederem auto anistias para graves violações de direitos humanos.

Decorre da decisão no caso *Gomes Lund vs. Brasil* a necessidade de debate sobre as transformações no direito constitucional e no controle de constitucionalidade das leis, pela articulação de dois eixos, o transconstitucionalismo e o controle de convencionalidade.

Passados seis anos do julgamento da ADPF nº 153 e da decisão no caso *Gomes Lund vs. Brasil* o STF ainda não apreciou os embargos de declaração proposto pelo Conselho Federal da OAB, de modo que a revisão da Lei de Anistia no que concerne à interpretação conforme a Constituição permanece em aberto. A propositura da ADPF nº 320/DF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2014, em que se requereu ao STF uma manifestação sobre a violação de preceitos fundamentais e sobre o controle de convencionalidade diante da decisão da Corte IDH só reforçam esse cenário de indefinição e contradição entre o direito interno e os ditames do direito internacional.

O STF não pode se omitir de julgar de modo definitivo a revisão da Lei de Anistia, tampouco desconsiderar as diretrizes dos tribunais e do constitucionalismo internacional ao se ancorar em uma concepção monista e isolada do direito interno. A mudança de vários ministros e ministras no STF desde o julgamento da ADPF nº 153 em 2010 e a recomposição da Corte constitucional com outras visões sobre a revisão da Lei de Anistia pode favorecer novas interpretações do tema.

De qualquer forma, a excessiva demora em definir o tema já provocou uma consequência fática irreversível: a impunidade de inúmeros agentes estatais que cometeram graves violações de direitos humanos. Um dos exemplos mais expressivos de torturador que faleceu sem ser responsabilizado penalmente por seus crimes foi o militar Carlos Alberto Brilhante Ustra, que foi condenado na ação declaratória proposta pela família Teles, a qual não exigia qualquer benefício econômico, mas requeria apenas a declaração judicial de que Ustra, ao agir dolosamente para torturar, provocou danos aos autores. (OSMO, 2016, p.86).

Diferentemente de outros países da América Latina que puniram os agentes estatais que praticaram esses crimes e que instalaram comissões nacionais da verdade logo após a retomada da democracia, o Brasil optou pela conciliação e pelo esquecimento, instalando a Comissão Nacional da Verdade (CNV) mais de vinte anos após a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 e a retomada do período democrático. No Relatório final da CNV, em que foram apuradas a autoria dessas graves violações, no levantamento da autoria de 377 agentes estatais que praticaram esses crimes, ficou claro que muitos dos torturadores e responsáveis por execuções sumárias e desaparecimentos forçados já haviam falecido, em virtude do excessivo lapso temporal que o Estado brasileiro levou para assegurar o direito à memória e à verdade.



A reflexão que se impõem diante dessa interpretação conciliatória e distorcida do STF no julgamento da ADPF nº 153 sobre a anistia, cuja consequência foi a impunidade de agentes estatais brasileiros que praticaram torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados, é em que medida o Judiciário com essa omissão não valida uma visão revisionista da história, que relativiza a violência do Estado brasileiro na ditadura sob o uso de expressões como “ditabranda” e congêneres, e favorece o surgimento de grupos contrários à própria democracia, apoiadores de medidas autoritárias ou que clamam pela paradoxal e desarrazoada “intervenção militar constitucional”.

## REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando; BENVINDO, Juliano Zaiden. *Juiz e Historiador, Direito e História: Uma Análise Crítico-Hermenêutica da Interpretação do STF sobre a Lei de Anistia*. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, nº 2, 2012, p. 185-205.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A ‘Última Palavra’, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, p. 71-95, 2014.

BERNARDES, Márcia Nina. *Amicus curiae: Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil – Caso 11.552*. In, ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (Coord.). **Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (Coord.) **Estudos avançados de direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. [SEPF] Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 6 ago. 2010.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer ADPF nº 320/DF**, Brasília, 2014.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório final**, volume II. Disponível em: < [http://www.cnv.gov.br/images/relatorio\\_final/Relatorio\\_Final\\_CNV\\_Parte\\_2.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_2.pdf) >. Acesso em: 12/11/2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Fim das 'Leis' de Auto-Anistia*. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília (15.01.2007) n. 240, p. 26-27.

CHUEIRI, Vera Karam. *Anistia não é esquecimento: o caso da ADPF 153*. In, ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (Coord.). **Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.

CITTADINO, Gisele. *História, memória e reconstrução de identidades políticas: o STF e o julgamento da ADPF 153*. In, ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (Coord.). **Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e

Custas. Sentença de 14 de março de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gelmán Vs. Uruguay**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Contreras e Outros Vs. El Salvador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gudiel Álvarez e Outros (“Diário Militar”) Vs. Guatemala**. Sentença de 20 de novembro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de**

**Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad.** San José, Costa Rica, 2016.

DULITZKY, Ariel E. *El sistema interamericano en transición: la Comisión Interamericana de derechos humanos y la justicia transicional.* In, ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (Coord.). **Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória.** Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.

GARGARELLA, Roberto. In Search of a Democratic Justice - What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002. **Democratization and the Judiciary**, 2003: 181–197.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Os crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”:* aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: RT, 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.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil.* **Consultor Jurídico.** 24/04/2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/>

valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades >.  
Acesso em: 12/09/2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. **Dos Filhos deste Solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

NETTO, Menelick de Carvalho; CARVALHO, Claudia Paiva; PINTO, Gabriel Rezende de Souza. *Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia. Direitos fundamentais & Justiça* - ano 6, Nº 20, P. 135-155, JUL./SET. 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. *Ativismo Judicial, Auto restrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein.* **Diritto & Diritti**, v. 1, p. 1-21, 2008.

OSMO, Carla. <sup>[1]</sup><sub>[SEP]</sub> **Judicialização da justiça de transição na América Latina.** Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

PAIXÃO, Cristiano. *A constituição em disputa: transição ou ruptura?* In: SEELAENDER, Airton (Org.) **História do Direito e construção do Estado.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. *no prelo.*

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism at the Supreme Court**. Londres, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TEUBNER, Gunther. *A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. **Impulso**, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

**Como citar:** ANTUNES, Fernando Luis Coelho. O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo: aADPF 153 e a decisão da corte interamericana de direitos humanos no caso Gomes Lund. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p.153-190, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p153. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 13/01/2017

Aprovado em: 29/11/2017