

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153 E CASO DO GUERRILHA DO ARAGUAIA: UM CASO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO?

INJUNCTION FOR VIOLATION OF FUNDAMENTAL PRINCIPLE Nº 153 AND THE ARAGUAIA GUERRILLA CASE: AN INSTANCE OF TRANSCONSTITUTIONALISM?

THAIS MICHELLE WINKLER JUNG¹

RESUMO: O artigo iniciará com um breve cotejo do contexto histórico no qual aconteceu a Guerrilha do Araguaia que originou o Caso Gomes Lund, para em seguida analisar os fundamentos da decisão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 decidida pelo Supremo Tribunal Federal a qual julgou a recepção da Lei de Anistia pela Constituição Federal de 1988, e da decisão do Caso Gomes Lund vs. Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos que julgou a responsabilidade estatal do Brasil pelo desaparecimento forçado de pessoas na região do Araguaia no período da ditadura militar, bem como a interpretação das leis de anistia na América Latina tendo em vista o Pacto de San José da Costa Rica. Para ao final analisar a existência ou não de um possível caso de transconstitucionalismo entre as decisões das duas cortes, sob a ótica de Marcelo Neves.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Estado; Anistia; Desaparecimento Forçado; Controle Convencionalidade; Transconstitucionalismo.

ABSTRACT: The article begins with a brief collation of the historical context in which happened the Araguaia guerrilla movement that originated the Gomes Lund Case, to then analyze the reasons for the decision in Action for Breach of Fundamental Precept N°. 153 decided by the Supreme Court which ruled receipt of the Amnesty Act of Federal Constitution, and the decision of the case vc. Brazil's state responsibility for the forced disappearance of people in the Araguaia's region during the military dictatorship, and the interpretation of the amnesty laws in Latin America in view of the Pact of San Jose. To the end,

Comentário de Jurisprudência recebido em 23.01.2013. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 10.03.2013.

¹ Advogada, Professora no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Curitiba - PR, Estudante vinculada ao Grupo de Pesquisas NUPECONST do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba - PR. *thaiswinkler@gmail.com*

considering whether or not a possible case of “transconstitucionalism” between decisions of two courts, in light of Marcelo Neves.

KEYWORDS: Responsibility of State; Amnesty; Enforced Disappearances; Conventional Controller; Transconstitucionalism.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve Histórico; 2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153; 3. Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lung vs. Brasil; 4. Possibilidade de Aplicação do Método do Transconstitucionalismo entre as Decisões; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Brief History; 2. Complaint of Breach of Fundamental Precept nº 153; 3. Decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case Lung vs. Gomes. Brazil; 4. Possibility of Applying the Method of Transconstitucionalism between Decisions; Final; Bibliographic References.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar se houve ou não a aplicação do método do transconstitucionalismo, como meio de solução de conflitos de decisões, proposto por Marcelo Neves² em Transconstitucionalismo, no caso Gomes Lund, comumente chamado de Guerrilha do Araguaia contra Brasil, decidido em 24 de novembro de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.

Para tanto será realizada uma breve análise histórica a fim de contextualizar o caso e o cotejo das decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seguida, as decisões de casos análogos serão referenciadas como hipóteses de transconstitucionalismo.

Ao final, se procurará demonstrar o sucesso ou falha do entrelaçamento de ordens jurídicas distintas no caso Gomes Lund, conforme as diretrizes de Marcelo Neves.

1. BREVE HISTÓRICO

Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do presidente João Goulart. O regime militar consolidou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional e normas de exceção, como os atos institucionais que eram o arcabouço jurídico do regime ditatorial.

Entre 1969 e 1974, produziu-se uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição. Segundo a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos,³ cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos

² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³ A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos foi criada pela Lei 9.140/95 que tem como atribuição o reconhecimento de pessoas desaparecidas não incluídas no Anexo I da referida lei, também por meio desta Lei o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo assassinato de opositores políticos no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. A Comissão Especial destacou que o Brasil foi o único país da região que não trilhou procedimentos penais para examinar as violações de direitos humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados. Isso tudo devido ao fato de que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia, sob o nº 6.683/79. Em virtude da edição desta Lei o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, pois a interpretação que lhe é dada internamente absolve todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política.

Neste contexto, denominou-se Guerrilha do Araguaia o movimento de resistência ao regime militar que foi integrado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil. Tal movimento propôs-se a lutar contra o regime, mediante a construção de um exército popular de libertação. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia, a Guerrilha contava com cerca de 70 pessoas.

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram.

Em 1973, a Presidência da República, o General Ernesto Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas e a ordem passou a ser a eliminação dos capturados. Já no final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região.

A lei de 1979 foi reafirmada pela Emenda Constitucional nº 26 de 1985, essa emenda foi a emenda de passagem de um regime a outro.

Em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/95, mediante em que o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo “assassinato de opositores políticos”, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Essa lei “reconheceu automaticamente 136 casos de desaparecidos, constantes num “*Dossiê* organizado por familiares e militantes de direitos humanos ao longo de 25 anos de buscas”.

Em que pese as inúmeras tentativas posteriores do Estado brasileiro em reparar o dano que o episódio causou aos familiares das vítimas.⁴

⁴ Entre 1980 e 2006, foram realizadas, ao total, 13 expedições de busca à região do Araguaia por parte dos familiares das vítimas, da Comissão Especial, da Comissão Interministerial e do

Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso relativo à Guerrilha do Araguaia à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois considerou que se tratava “*de oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a conseqüente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos*”.⁵

A principal questão colocada perante a CIDH se referia à responsabilidade estatal do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do Exército brasileiro nos anos de 1972 a 1975, com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964-1985). A Comissão também submeteu o caso à Corte porque diante da Lei nº 6.683/79, a Lei de Anistia, o Estado não realizou uma investigação penal para julgar e punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas, além disso os recursos judiciais de natureza civil, para obtenção de informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia e as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares, bem como pela investigação e punição dos desaparecimentos forçados acontecidos na região do Araguaia.

2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153⁶

A tramitação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi uma das principais teses de defesa do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no procedimento de responsabilização estatal instaurado.

Tal ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o objetivo de obter a declaração de não-recebimento da Constituição Federal do Brasil de 1988 do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683 de

Ministério Público, entre outros. A partir de setembro de 2006, o Estado deu início ao projeto de criação de um Banco de DNA, a fim de recolher amostras de sangue dos familiares e criar um perfil genético de cada desaparecido. Desde então, foram recolhidas 142 amostras de sangue de familiares, de 108 desaparecidos políticos. Em 2009, mediante o Decreto nº 567 do Ministério da Defesa, o Estado criou o Grupo de Trabalho Tocantins com a finalidade de coordenar e executar as atividades necessárias para a localização, reconhecimento e identificação dos corpos dos guerrilheiros e dos militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia, em cumprimento da sentença da Ação Ordinária nº 82.00.024682-5.

⁵ Costa Rica. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/> consulta em 18 jul. 2011, às 18h10min.

⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> consulta em 18 jul. 2011.

19 de dezembro de 1979 que concedeu anistia a todos que, no período do auge da ditadura militar no Brasil, cometeram crimes políticos, estender-se-ia, aos crimes conexos, ou seja, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.⁷

O Conselho Federal da OAB entendia que não poderia ser possível no contexto da Carta de 1988, o Tribunal Constitucional considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei nº 6.683 anistiaría agentes públicos responsáveis por crimes inclusive de lesa-humanidade. Fato é que até o advento da ação era notória a controvérsia sobre sua validade inclusive no âmbito do Poder Executivo Federal⁸.

No Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, a ADPF não prosperou, por sete votos a dois, sob os seguintes argumentos: a lei fora editada em importante momento pela luta de redemocratização do país. Foi fruto de um acordo político de significativos representantes da sociedade civil⁹. A Lei nº 6.683 teria caráter bilateral, ou seja, o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção¹⁰. Seria portanto uma *lei-medida*, que disciplina diretamente determinados interesses, mostrando-se imediata e concreta, seria lei apenas em sentido formal e não em sentido material. A lei-medida, portanto, configura um ato administrativo, não é uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade.¹¹

De acordo com o Relator, a lei-medida veicula uma decisão política e assim deve ser interpretada conforme o momento histórico em que foi concebida.

Outro argumento utilizado foi o de que o Supremo Tribunal Federal não estaria autorizado a reescrever leis de anistia,¹² pois assunto de natureza

⁷ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo 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 (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradição nº 974 disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>, Informativo nº 519, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm> e Informativo 526 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm> consultas em 21 jul. 2011.

⁹ TARSO, Genro. *Teoria da Democracia e da Justiça de Transição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 34-35.

¹⁰ O Supremo nada mais fez do que reiterar entendimento anterior vide: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 165.438, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=215685>, consulta em 19 de julho de 2011, o qual entedia que a anistia é lei penal e sua interpretação deve ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos jurídicos-políticos.

¹¹ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 254.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II. 5. ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, p. 163.

essencialmente política, enquadra-se na competência exclusiva do Congresso Nacional, cujo veredito não sofre a revisão do Poder Judiciário. Não cabe ao STF alterar textos normativos que concedem anistia, não lhe cabe legislar ao apreciar a ADPF, mas somente verificar a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição. Esta é uma tarefa que incumbe ao Poder Legislativo, não pode o STF atuar como legislador negativo.

Em síntese, o Supremo Tribunal adotou a posição de que a Lei de Anistia foi o ato deflagrador do processo de participação da sociedade civil nas decisões políticas do país, num momento em que era preciso ultrapassar o regime ditatorial para chegar ao democrático, encarou o acolhimento da ADPF como uma espécie de revisão criminal às avessas, instituída em prejuízo dos outrora anistiados. A anistia ampla e geral, inculpada na Lei 6.683 foi abrangente para englobar todas as posições político-ideológicas vigentes no regime político opressor, sem qualquer incompatibilidade de sua amplitude com a Constituição Federal de 1988. Outro ponto que deve ser destacado é que a decisão colocou como direito fundamental o direito à busca pela verdade.

Ressalvem-se, aqui, os argumentos expostos nos votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto que julgavam a ação parcialmente procedente para dar interpretação conforme. O primeiro deixou claro que a lei questionada estava longe de ser outorgada em regime de mútuas concessões, portanto, de acordo tácito, mas sim foi editada em um momento em a insatisfação popular era premente¹³, fez diferenciação entre crimes políticos, com motivação política e crimes comuns e sua conexão. O Ministro ainda levantou em seu voto percuciente questão acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição abrigado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o Estado teria cerrado os olhos ante às atrocidades cometidas no período com a edição da Lei 6.683.

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, com argumentação de cunho mais político e histórico no sentido de que o redator da Lei de Anistia “*não teve coragem – digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos (...)*”. E mais adiante: “*Então, peço vênia aos que pensam diferentemente, e digo, com todo o respeito: eu não consigo enxergar, na vontade objetiva dos dispositivos conjugados, o caráter amplo, geral e irrestrito que se busca emprestar à Lei de Anistia.*

Fato é que internamente a decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

¹³ O regime militar perdeu sua sustentação principalmente com a crise do petróleo em 1973, acompanhada de uma aumento de preços o que desestabilizou a economia internacional. Internamente, o aumento da inflação, a redução de investimentos públicos e o controle estatal de preços e salários in BRESSER, Luiz Carlos. *Estado e Subdesenvolvimento: Esboço de uma Economia Política Periférica*, São Paulo: Brasiliense, 1977.

3. DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND VS BRASIL

Primeiramente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada Corte, reconheceu a boa-fé do Brasil ao admitir a detenção arbitrária e a tortura das vítimas, e seu desaparecimento, conforme a gravidade e o caráter continuado ou permanente do delito de desaparecimento forçado de pessoas e a política de extermínio aos opositores ao regime imposto pelo Estado, por meio de suas Forças Armadas, na região do Araguaia. Concluindo que os desaparecimentos forçados afetaram especialmente os integrantes da Guerrilha do Araguaia¹⁴ pois representam a metade do total de desaparecidos políticos do Brasil e expressamente consignou: “*Desse modo, atribuir o consentimento à anistia para os agentes repressores ao lema da campanha e aos familiares dos desaparecidos é deformar a história.*”

Entende a Corte que conforme o Direito Internacional a obrigação dos Estados de processar e de determinar a sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos que decorre do art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Ou seja, os Estados signatários do Pacto devem organizar todo o seu aparato governamental a fim de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.

A Corte demonstrou que todo o sistema normativo internacional está voltado para a proteção de direitos humanos. O Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que anistias e medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, pois obstam a investigação dos fatos e inviabilizam a responsabilização estatal.¹⁵

No mesmo sentido foi a manifestação do Relator Especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade: “*os autores de violações não poderão beneficiar-se da anistia, enquanto as vítimas não tenham obtido justiça, mediante um recurso efetivo. Juridicamente, carecerá de efeito com respeito às ações das vítimas vinculadas ao direito a reparação.*”¹⁶

De igual forma, foi a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993 que enfatizou que os Estados devem revogar toda legislação que enseje a impunidade dos responsáveis por violações a Direitos Humanos.¹⁷

¹⁴ Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007.

¹⁵ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito*. Anistias. HR/PUB/09/1, Publicação das Nações Unidas, Nova York e Genebra, 2009, p. V.

¹⁶ Relatório final revisado acerca da questão da impunidade dos autores de violações dos direitos humanos (direitos civis e políticos) elaborado por M. Louis Joinet, em conformidade com a decisão 1996/119 da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1, de 2 de outubro de 1997, par. 32.

¹⁷ Conferência Mundial de Direitos Humanos, *Declaração e Programa de Ação de Viena*. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, Programa de Ação, pars. 60 e 62.

O Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, analisando as anistias entendeu que em situações posteriores a conflitos devem se evitar a promulgação de leis de anistia.¹⁸

O Comitê de Direitos Humanos em sua Observação Geral¹⁹ expressou que os Estados não tentem eximir autores de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ou desaparecimentos forçados de sua responsabilidade jurídica como aconteceu em algumas anistias. O mesmo Comitê no *Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai* afirmou que leis de anistias para violações a direitos humanos são incompatíveis com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, “*pois contribuem a criar uma atmosfera de impunidade que pode sovacar a ordem democrática e dar lugar a outras graves violações de direitos humanos.*”²⁰

No mesmo sentido tem sido o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos²¹ e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos.²² Assim demonstrou-se que todos os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos e já se manifestaram de forma conclusiva sobre o tema concernente às leis de anistia, bem assim sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as editam. De modo que os órgãos internacionais em sua unanimidade confirmam que a legislação que concede a anistia viola o dever internacional do Estado de investigar, processar, julgar e sancionar tais violações.

¹⁸ Cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados. Relatório apresentado no 62º período de sessões da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de dezembro de 2005, par. 2, alíneas a, c e d.

¹⁹ Cf. C.D.H., *Observação Geral 31: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 18. Essa Observação Geral aplicou o conteúdo da observação número 20, referente somente a atos de tortura, a outras graves violações dos direitos humanos. A esse respeito, também cf. C.D.H., *Observação Geral 20: Substitui a observação geral 7, proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis (art. 7)*. U.N. Doc. A/47/40(SUPP) Anexo VI, A, de 10 de março de 1992, par. 15.

²⁰ Cf. C.D.H., *Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai*, Comunicação Nº 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, Decisão de 9 de agosto de 1994, pars. 12.3 e 12.4. A Comissão também reiterou sua postura ao formular observações finais sobre os relatórios apresentados pelos Estados Partes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em que salientou que as anistias contribuem para criar “uma atmosfera de impunidade” e afetam o Estado de Direito. Igualmente cf. C.D.H. Observações finais a respeito do exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes, em virtude do artigo 40 do Pacto, sobre os seguintes Estados: Peru, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julho de 1996, par. 9, e, em similar sentido, lêmen, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.51, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 3; Paraguai, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.48, de 3 de outubro de 1995, inciso 3, par. 5, e Haiti, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.49, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 2.

²¹ Cf. E.C.H.R., *Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey*, Judgment of 2 November 2004, Application Nº 32446/96, para. 55.

²² Cf. A.C.H.P.R., *Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Communication Nºs 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 to 196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83.

Também a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos momentos declarou a absoluta incompatibilidade com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos das leis de anistia, por entender que as chamadas anistias ou figuras análogas geralmente configuram um dos obstáculos utilizados pelos Estados para investigar e punir responsáveis por violações a direitos humanos. De acordo com a Corte, o Pacto de San Jose da Costa Rica não admite o esquecimento de violações penais aos direitos humanos, tampouco legitima leis nacionais que amparem ou protejam criminosos.

A CIDH não vislumbrou, no caso Gomes Lund, argumentos jurídicos que justificassem o afastamento de sua já sedimentada jurisprudência, reiterou o entendimento manifestado no Caso Barrios Altos versus Peru: *“são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”*.

No caso Gomes Lund versus Brasil não foi diferente considerou que a forma que foi interpretada a Lei nº 6.683 afetou o dever internacional do Brasil em investigar e punir as graves violações aos direitos humanos, ferindo o artigos 8.1, 25 e 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Assim concluindo: *“Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”*.

A CIDH já firmou em sua jurisprudência que é consciente do fato das autoridades internas estarem sujeitas ao império da lei, todavia o Estado é parte de um Tratado Internacional, todos os seus órgãos, devem se submeter a ele, para que os efeitos do tratado não restem enfraquecidos pela aplicação de normas que lhe são contrárias. O Poder Judiciário brasileiro está obrigado a exercer um “controle de convencionalidade”, adequando a legislação interna à Convenção. No caso a Corte constatou que tal controle não foi exercido, pelo contrário a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a interpretação dada à Lei 6.683.

A Corte Interamericana construiu uma jurisprudência sólida e firme quanto à ilegalidade de concessão de anistias a membros de regimes autoritários que perpetuaram violações de direitos humanos, não iria entender diversamente no caso brasileiro.

4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO MÉTODO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE AS DECISÕES

O campo em que melhor se aplica a teoria do transconstitucionalismo é justamente no choque entre direito estatal e direito supranacional, este último entendido como um direito das organizações integradas por Estados. As diversas ordens são participantes de um mesmo sistema, sem a “afirmação de uma forma hierárquica monolítica”, ou seja, uma relação em que uma das ordens se impõe sobre a outra. Existe um compromisso político para a construção de um sistema, no caso um sistema interamericano de proteção de direitos humanos, desenhado pelo Pacto de San José, em que há necessidade de uma relação cooperativa entre as instâncias, sem, contudo perder a autonomia de todas as ordens nacionais.

O conflito no caso Gomes Lund que se coloca é entre a lei interna e a convenção internacional e se poderia nos moldes do que sustenta o Marcelo Neves haver diálogo entre as cortes. Aqui devemos entender o termo “diálogo” não apenas como conversação, mas também uma metáfora utilizada para descrever a atitude de uma ordem jurídica de se dispor a aprender e de modificar a si mesma quando posta em contato com outras ordens, de forma a estar aberta à construção de uma racionalidade transversal.

Como se demonstrou o mesmo problema jurídico foi analisado por diferentes instâncias decisórias que não possuem subordinação entre si. No caso, verificou-se um choque de decisões, chegando dois Tribunais, atuando em diversos níveis de proteção a soluções diametralmente opostas. Seria, portanto um caso de transconstitucionalismo como explica Marcelo Neves, o transconstitucionalismo tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou não. Tais situações são bem complexas e apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para diversidade de ordens jurídicas.²³

Marcelo Neves propõe que casos como o da Guerrilha do Araguaia sejam resolvidos pelo método do transconstitucionalismo ou seja que haja uma conversação ou diálogo entre corte e a formação de pontes de transição para a construção de um mútuo aprendizado.

Marcelo Neves explica que com o tempo houve o incremento em relações transterritoriais implicando nas normas fundamentais, este fato levou à necessidade de uma abertura do constitucionalismo para além das fronteiras do Estado. Problemas que envolvem direitos fundamentais ou direitos humanos ultrapassam as fronteiras, de forma que o direito constitucional se tornou inócuo para resolvê-los satisfatoriamente: “Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras

²³ Op. Cit. p. 235.

cortes e vinculam-se às decisões dessas. Por outro lado, há “uma combinação de cooperação ativa e conflito vigoroso entre cortes nacionais envolvidas em litígios transnacionais entre partes privadas além das fronteiras”. Os “litígios globais” levam, então, ao surgimento da “*comitas judicial*”, que “fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos”, ao “*juulgamento*” de juízes por juízes e à “*negociação judicial*”.²⁴

Em casos como o comentado, impõe-se uma conversação transconstitucional a fim de dar uma resposta adequada e possibilitar o convívio construtivo entre ordens²⁵, esta conversação não aconteceu entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal.

Nas Cortes Constitucionais Latino-americanas vislumbram-se vários exemplos de casos análogos e que se renderam à jurisprudência da Corte Interamericana.

No *Caso Simón* em que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina resolveu declarar sem efeitos a lei de anistia nos seguintes termos: entendendo que as anistias se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, as leis de anistia se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são constitucionalmente intoleráveis. Entendeu, a Corte que a transposição das conclusões da Corte Interamericana em “*Barrios Altos*”²⁶ para o caso argentino é imperativa, se é que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais. Entendeu que na medida em que as leis de anistia obstaculizam o esclarecimento e a efetiva punição de atos contrários aos direitos reconhecidos nos tratados mencionados, impedem o cumprimento do dever de garantia com que se comprometeu o Estado argentino, e são, por isso, inadmissíveis.

Da mesma forma, toda a regulamentação de direito interno, infra-constitucional, que, invocando razões de pacificação disponha a concessão de qualquer forma de anistia que deixe impunes violações graves dos direitos humanos, cometidas pelo regime que a disposição beneficia, é contrária a claras e obrigatórias disposições do Direito Internacional, e deve ser efetivamente suprimida. Aqui a decisão em muito se assemelha ao caso brasileiro.

A fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de anistia é impostergável, e deverá ocorrer de maneira que não possa delas decorrer obstáculo normativo infra-constitucional algum para o julgamento de fatos. Isto significa que

²⁴ *Ibid.* p. 119.

²⁵ *Ibid.* p. 126.

²⁶ Peru. Tribunal Constitucional del Perú. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02507-2005-HC.html>. Tradução livre do espanhol. Disponível em 22 jul. 2011.

os beneficiários de leis de anistia não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. A Corte decidiu que a sujeição do Estado Argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de persecução de violações graves dos direitos humanos.²⁷

O Estado do Chile entendeu que a lei de anistia proferida por autoridade de fato que assumiu o “Comando Supremo da Nação”, deve ser interpretada em sentido conforme às convenções protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo e punitivas dos graves atentados contra ele cometidos, durante a vigência dessa lei. A referida proibição de autoexoneração não alude unicamente a situações óbvias, nas quais os detentores do poder valeram-se da situação vantajosa em que se encontravam para consagrar extinções de responsabilidade, como ocorre com as anistias autoconcedidas, mas implica também uma suspensão da vigência de instituições preexistentes, como a prescrição da ação penal, concebidas para funcionar numa situação de paz social a que estavam chamadas a servir, mas não em situações de violação de todas as instituições sobre as quais o Estado se erigia, e em benefício precisamente dos que provocaram essa ruptura.²⁸

Também o Tribunal Constitucional do Peru, no Caso de Santiago Martín Rivas²⁹, ao resolver um recurso extraordinário e um recurso de agravo constitucional, precisou o alcance das obrigações do Estado nesta matéria. Considerou que a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos não somente compreendia a nulidade daqueles processos a que houvessem sido aplicadas as leis de anistia, após ter declarado que essas leis são desprovidas de efeitos jurídicos, mas também toda prática destinada a impedir a investigação e punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal.

As obrigações assumidas pelo Estado peruano com a ratificação dos tratados sobre direitos humanos compreendem o dever de garantir aqueles direitos que, em conformidade com o Direito Internacional, são inderrogáveis, tendo o Estado se obrigado internacionalmente a sancionar sua afetação.

Anulou as leis de anistia e as resoluções judiciais expedidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida por agentes estatais.

²⁷ Argentina. Corte Suprema de la Nación Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold=1951> Tradução livre do espanhol. Disponível em 22 jul. 2011.

²⁸ http://www.archivochile.com/Memorial/caidos_mir/119/104sandoval_miguel.pdf Tradução livre do espanhol. Disponível em 22 jul. 2011.

²⁹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.html> Tradução livre do espanhol. Disponível em 22 jul. 2011.

No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente a Suprema Corte de Justiça do Uruguai³⁰, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse país, entendeu que a lei de anistia afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos), que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em síntese, a ilegitimidade de uma lei de anistia promulgada em benefício de funcionários militares e policiais, que cometeram graves violações de direitos humanos, gozando de impunidade durante regimes de fato, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época.

Por fim, mas não menos importante, a Corte Constitucional da Colômbia³¹, em diversos casos, levou em conta as obrigações internacionais em casos de graves violações de direitos humanos e o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia: Entendeu que as figuras como as leis de ponto final, que impedem o acesso à justiça, as anistias em branco para qualquer delito, as autoanistias (ou seja, os benefícios penais que os detentores legítimos ou ilegítimos do poder concedem a si mesmos e aos que foram cúmplices dos delitos cometidos), ou qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir às vítimas um recurso judicial efetivo para fazer valer seus direitos, foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos.

Mas podemos afirmar que estes seriam casos bem sucedidos de transconstitucionalismo? Se analisarmos o teor de cada decisão, verificamos que todas as Cortes citadas, sem exceção, se subordinaram à vontade da Corte Interamericana de Direitos Humanos adequando o controle de constitucionalidade ao de convencionalidade, não apenas se restringindo ao aspecto do controle de constitucionalidade da lei de anistia e ao aspecto de relevância histórica de transição política de tal lei, como fez a nossa Corte Constitucional, podemos afirmar que tal controle, o de convencionalidade, proporcionaria a conversação que o método proposto por Neves exige? De acordo com Neves as diversas ordens invocam primeiro os seus modelos

³⁰ Uruguai <http://segurquetomba.wordpress.com/2009/10/23/uruguay-inconstitucionalidad-de-la-ley-de-caducidad-respecto-crimenes-contrala-humanidad-sentencia-de-19-de-octubre-de-2009/> disponível em 22 jul. 2011.

³¹ Colômbia. Corte Constitucional de Colômbia. Tradução livre do espanhol. Disponível em [http://190.24.134.75/Busquedadoc/qsumrhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2011%2fdr.javier+de+jes%2fas+zapata+ortiz%2fmarzo%2f33118\(14-03-11\).doc&CiRestriction="masacre" NEAR"segovia"&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm](http://190.24.134.75/Busquedadoc/qsumrhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2011%2fdr.javier+de+jes%2fas+zapata+ortiz%2fmarzo%2f33118(14-03-11).doc&CiRestriction=).

de construção de critérios *para que sejam resolvidos conflitos*. “Sem dúvida, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de “pontes de transição” é fundamental.”³²

Marcelo explica que a cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas atuar de forma a contribuir para estimular a estar disposta ao intercâmbio em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns.³³

O ordenamento jurídico brasileiro não admitiria uma solução nesse viés, conforme a construção jurisprudencial arquitetada no Habeas Corpus 87.585³⁴ e no Recurso Extraordinário 466.343,³⁵ ao reconhecer que os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos, hierarquicamente estão acima da lei ordinária mas abaixo da Constituição Federal, tendo portanto natureza supralegal, uma jurisprudência de tal natureza não permite que seja feito o controle de convencionalidade exigido para que se inicie o diálogo entre as Cortes, como se demonstrou das demais cortes latino-americanas acima (problema similar já foi referido por Ingo Wolfgang Sarlet³⁶. Aliás esta foi a solução proposta pelo juiz *ad hoc*, da Corte Interamericana, Roberto Caldas³⁷.

A principal dificuldade para a implementação do transconstitucionalismo no caso da Guerrilha do Araguaia reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal está demasiadamente apegado ao princípio da supremacia formal da Constituição, no seu entender, encampar outro entendimento seria anular a hipótese de controle de Constitucionalidade.

Todavia fechou-se com a tese da supralegalidade ao diálogo proposto pelo transconstitucionalismo, pois para possibilitar uma conversação, no mínimo deveria ter colocado os tratados internacionais sobre matéria de direitos humanos em outra posição hierárquica no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro que não a da supralegalidade, ou seja, deveria seguir o exemplo da Argentina³⁸ que equiparou tais tratados à Constituição de modo a permitir um controle de convencionalidade. Assumiu a nossa Corte

³² Op. Cit. p. 128.

³³ Op. Cit. p. 129.

³⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>, consulta em 19 jul. 2011.

³⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, consulta em 19 jul. 2011.

³⁶ MERLIN CLÈVE, Clemerson. et al. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 343.

³⁷ Costa Rica. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/> consulta em 22 jul. 2011.

³⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 408.

Constitucional postura extremamente provinciana, para adotar a terminologia proposta por Neves.

No seio da doutrina nacional, existem os que consideraram a posição do STF inovadora,³⁹ mas não atentaram para o fato de que não foi essa a intenção real da Emenda Constitucional nº 45/2004 (incluiu o § 3º ao art. 5º) que expressamente atribuiu caráter constitucional a tratados com tal índole.⁴⁰

Flávia Piovesan já antes da Emenda Constitucional nº 45 foi enfática: “A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional.” E mais adiante: “Lembre-se que, ao estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém uma pretensão de completude. A incompletude da Constituição aponta à sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político”.⁴¹ São de igual entendimento os autores: Antônio Augusto Cançado Trindade,⁴² Valério de Oliveira Mazzuoli⁴³ e André Ramos Tavares.⁴⁴

Piovesan apoiada em Hesse e Canotilho entende que os direitos humanos devem atender ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais ou seja a interpretação dada aos direitos humanos deve lhe conferir a maior realização possível,⁴⁵ assim, não lhes pode ser conferido outra hierarquia que não a força equivalente aos direitos positivados na Constituição Federal.

A autora defende um sistema misto, os tratados internacionais relativos a direitos humanos terão status de norma constitucional, enquanto os demais têm posição hierárquica infra-constitucional.⁴⁶ Tal posição foi seguida pelo Ministro Celso de Mello que restou vencido.⁴⁷

³⁹ Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio in <http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/895/625>, consulta em 21 jul. 2011 e VALE, André Rufino do in <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>, consulta em 21 jul. 2011.

⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos planos Internacional e Nacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46-47.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 79-80.

⁴² Op. Cit. p. 408.

⁴³ OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério. *Direitos Humanos e Cidadania: à luz do direito internacional*. Campinas: Minelli, 2005, p. 81.

⁴⁴ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.

⁴⁵ Op. Cit. 89-80.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. et al. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 160.

⁴⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> consulta em 07 ago. 2011.

Cançado Trindade ensina que a tendência do constitucionalismo contemporâneo é dar um tratamento de privilégio aos tratados que versem especificamente sobre direitos humanos, essa tendência seria “sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”⁴⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet já criticava a posição adotada pelo STF (que equiparava os tratados internacionais a leis ordinárias), dizendo que não se revela a posição constitucionalmente adequada, afirmando que desde o advento da CF, parece viável concluir que os direitos fundamentais oriundos do direito internacional, se aglutinam à Constituição material e tem o mesmo status que ela tem, pois muito embora não tenham sido formalmente agregados ao texto da Carta, são considerados normas materialmente constitucionais. Para Sarlet, considerá-los como normas constitucionais é a posição que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional.⁴⁹

No caso Gomes Lund, verificou-se que a nossa ordem jurídica não estava disposta a colaborar para que o transconstitucionalismo restasse bem sucedido.⁵⁰ Inclusive Marcelo Neves cita exemplos que envolvem direitos humanos no âmbito da Comunidade Europeia sem que tenha ocorrido uma imposição do direito internacional, mas sim, uma conversação constitucional baseada no aprendizado recíproco⁵¹ como se deu nas demais cortes constitucionais latino-americanas e como sugeriu Roberto Caldas.

Também verifica-se que ocorreu um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, em detrimento de uma solução adequada e efetiva a um problema jurídico constitucional.⁵² A crítica fundamental que Marcelo Neves faz é um Estado que tende a manter-se na semântica de soberania e estabelece com outras ordens apenas uma abertura cognitiva, sem, contudo, procurar estabelecer uma racionalidade transversal, que enseje uma atitude cooperativa. Foi justamente essa a postura do STF tanto no julgamento da ADPF 153, como na inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos na posição hierárquica de norma supra-legal.

A Corte Constitucional Brasileira mostrou-se intolerante a princípios plurais que regem uma sociedade internacional, mais uma vez não foi uniforme ao método do transconstitucionalismo que defende a ideia de abertura e respeito às diferenças⁵³ neste sentido deve-se recordar o ensaio de Norberto Bobbio⁵⁴ que especificamente tratou sobre “As razões da tolerância” que pode ter suas ideias facilmente transportadas para o método do transconstitucionalismo. Bobbio explica que a tolerância não significa em

⁴⁸ Op. cit. p. 409.

⁴⁹ Op. cit. p. 344-345.

⁵⁰ Op. cit. p. 129-130.

⁵¹ Conforme Neves demonstra na p. 154.

⁵² Op. cit. p. 237.

⁵³ Op. cit. p. 130.

⁵⁴ BOBBIO, Roberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 207-210.

renúncia à uma convicção firme, mas sim em admitir o princípio da reciprocidade, ou seja, as Cortes como iguais podem se basear em acordos e compromissos para uma convivência pacífica. A tolerância é o efeito de uma troca, de um *modus vivendi*. Adotando a tolerância como uma postura de prudência política as decisões não teriam sido dissonantes. O Supremo Tribunal Federal centrou-se na moral da coerência com suas próprias convicções, deixando de acatar também a moral do respeito com o outro tribunal que não lhe é nem superior, tampouco inferior.

A abertura estatal proposta por Neves também já foi considerada, certamente também em outro viés, mas uma conexão pode ser estabelecida, por Peter Habêrle quando vislumbrou o atual Estado Constitucional que não é o tipo voltado para si mesmo, mas como um tipo que permita modificações em sua estrutura aberta – tanto para dentro como para fora. A cooperação é parte da identidade do Estado Constitucional.⁵⁵

Nas palavras de Habêrle:

“Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que justamente encontra sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. [...] O Estado Constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados de instituições internacionais e supranacionais e dos ‘cidadãos estrangeiros’: sua ‘abertura ao meio’ é uma abertura ao mundo”.

Habêrle ressalta vive da cooperação com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais, acaba tomando as estruturas do direito comunitário sem perder ou deixar esvaír, seus próprios contornos, não oculta sua responsabilidade. O Estado Cooperativo não conhece alternativas para uma primazia do Direito Constitucional ou do Direito Internacional, reconhece o efeito recíproco nas relações, que estas acabam crescendo num todo.⁵⁶

Haberle coloca que conceitos como os de soberania, impermeabilidade e fontes de direito devem ser questionados e revisitados, abrindo-se a novas formas de relações, caberia aqui fazer uma conexão com a teoria do transconstitucionalismo que seria uma nova forma de relação do Estado de forma a se amoldar e não incidir em *venire contra factum proprium* sob o argumento de manter ileza sua Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso em questão, o método do transconstitucionalismo falhou pois não foi estabelecido um diálogo construtivo, de forma a estabelecer uma convergência de critérios jurídicos, a exemplo do que aconteceu nas demais

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

⁵⁶ Op. cit. p. 40.

cortes da América Latina. Talvez por que não se trate de uma questão de cunho essencialmente jurídico, mas também político e histórico. O argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para não garantir a punição aos culpados pelas violações aos direitos humanos do período militar foi a necessidade de manutenção da lei de anistia para a manutenção da paz social, bem como a possibilidade de tornar inócuo o controle de constitucionalidade, como exposto acima.

Todavia, sabe-se que anistia significa esquecimento e o que se verifica é situação bem diversa, a sociedade brasileira ainda procura saber quais são os verdadeiros culpados pelas violações perpetradas no período totalitário. Talvez a abertura para uma conversação, pelo transconstitucionalismo ou outro método que permita o controle de convencionalidade, a exemplo das demais cortes latino-americanas trouxesse a pacificação necessária à sociedade e a devida reparação aos direitos humanos violados. A fim de que a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não seja ceifada pelas mãos do Supremo Tribunal Federal.

E como lembra Cançado Trindade:

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana. Como também neste domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haver desculpa para um Estado de não desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fatos de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional.⁵⁷

O contexto em que a ordem global se encontra impõe a abertura das ordens jurídicas nacionais e supranacionais para a conversação que o método de Marcelo Neves sugere o que não se deu no caso em tela, com a argumentação do STF que entendeu que o Brasil agora está em outro momento histórico e que a anistia foi o preço que a sociedade brasileira teria pago para uma redemocratização pacífica. Sempre cabe lembrar a lição de Celso Lafer que coloca o valor da dignidade da pessoa humana enquanto conquista histórica encontra sua maior expressão na dignidade da pessoa humana.⁵⁸

⁵⁷ Op. cit. p. 410.

⁵⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 118.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina. Corte Suprema de la Nación Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold=1951> Tradução livre do espanhol.

BOBBIO, Roberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

BRESSER, Luiz Carlos. *Estado e Subdesenvolvimento: Esboço de uma Economia Política Periférica*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 974 disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 519, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo 526 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm> consultas em 21 jul. 2011.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 165.438, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=215685>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional*. Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos planos Internacional e Nacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Colômbia. Corte Constitucional de Colômbia. Disponível em [http://190.24.134.75/Busquedadoc/qsumrhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2011%2fdr.javier+de+jes%2fdas+zapata+ortiz%2fmarzo%2f3118\(14-03-11\).doc&CiRestriction="masacre"NEAR "segovia"&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm](http://190.24.134.75/Busquedadoc/qsumrhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2011%2fdr.javier+de+jes%2fdas+zapata+ortiz%2fmarzo%2f3118(14-03-11).doc&CiRestriction=).

Chile. http://www.archivochile.com/Memorial/caidos_mir/119/104sandoval_miguel.pdf.

GOMES, Luiz Flávio in <http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/895/625>.

GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MERLIN CLÈVE, Clemerson. et al. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério. *Direitos Humanos e Cidadania: à luz do direito internacional*. Campinas: Minelli, 2005.
- Peru. Tribunal Constitucional del Perú. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02507-2005-HC.html>. Disponível em 22 jul. 2011.
- Peru. Tribunal Constitucional del Perú. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.html>.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. et al. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TARSO, Genro. *Teoria da Democracia e da Justiça de Transição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- Uruguai <http://segurquetomba.wordpress.com/2009/10/23/uruguay-inconstitucionalidad-de-la-ley-de-caducidad-respecto-crime-nes-contra-la-humanidad-sentencia-de-19-de-octubre-de-2009/>.
- VALE, André Rufino do in <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>.