

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

RAFAEL DILLY PATRUS

**ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma releitura
da ADPF nº 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”**

BELO HORIZONTE

2015

RAFAEL DILLY PATRUS

**ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma releitura
da ADPF nº 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”**

Dissertação apresentada ao Colegiado de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: História, poder e liberdade.

Projeto estruturante: Identidade e reconhecimento.

Projeto coletivo: Identidade, reconhecimento e novos saberes jurídicos.

Área de estudo: História, reconhecimento e novos saberes jurídicos.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Co-orientador: Professor Doutor Emílio Peluso Neder Meyer

BELO HORIZONTE

2015

P314a Patrus, Rafael Dilly
Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF nº 320 no marco do “constitucionalismo abrangente” / Rafael Dilly Patrus. - 2015.

Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Co-orientador: Emílio Peluso Neder Meyer

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direitos humanos - Teses 2. Brasil - Constituição - 1988 .
3. Corte Interamericana de Direitos Humanos 4 Anistia I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 342.7

RAFAEL DILLY PATRUS

**ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma releitura
da ADPF nº 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”**

Dissertação apresentada ao Colegiado de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

DATA DA DEFESA: 03/08/2015

Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Professor Doutor Emílio Peluso Neder Meyer (Co-orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes
Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Universidade Federal de Ouro Preto – Departamento de Direito

Aos meus pais e às minhas avós, pelos exemplos de vida e fé.

Ao meu irmão, pela amizade incondicional.

À Aline, pelo amor de todos os dias

E pelo entusiasmo de uma novidade que nunca se esgota.

É-se responsável perante aquilo que vem antes de si, mas também perante o que está por vir, e portanto também perante a si mesmo. Perante duas vezes, perante o que deve de uma vez por todas, o herdeiro está duplamente endividado.

Jacques Derrida

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, deixo um agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao meu co-orientador, Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer, e a todos os professores e colegas que tornaram possível a construção deste trabalho.

Agradeço também ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento, pelo auxílio indispensável na realização da pesquisa.

Por fim, dirijo à minha família o maior e mais sincero agradecimento. Aos meus pais, Luiz e Júnia, agradeço pelo carinho e pelo aprendizado constante. Às minhas avós, Vanda e Maria Helena, agradeço pelo exemplo de retidão, cuidado e fé. Ao meu irmão, Bruno, agradeço pela amizade engrandecedora. À minha noiva, Aline, por um amor que não cabe em mim, agradeço pela pessoa que é e pela pessoa que me possibilita ser; esta dissertação pertence sobretudo a ela, pelo tempo dedicado ao estudo que subtraí da sua maravilhosa convivência. E, por último, agradeço a Deus, que é a luz na minha caminhada, pela conclusão de mais essa etapa de crescimento e realização.

RESUMO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em maio de 2014. Na petição inicial, são formulados os seguintes pedidos ao Supremo Tribunal Federal: declaração de que a anistia de 79 não se aplica às graves violações de direitos humanos perpetradas no contexto da ditadura civil-militar de 64; e determinação de cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Em linhas gerais, o debate instaurado se organiza em torno de duas questões principais: o cabimento da ADPF proposta e o equacionamento da relação entre as instâncias de controle de constitucionalidade e de convencionalidade dos atos estatais.

Para a compreensão adequada dos argumentos e posicionamentos que permeiam a referida discussão, é preciso assumir que o que está em jogo é o significado do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito para o Brasil pós-88. Tendo isso em vista, a ADPF nº 320 é compreendida como uma oportunidade de refazimento do juízo lançado pelo STF com o julgamento da ADPF nº 153. Na perspectiva de um patriotismo constitucional e de um pluralismo plurilateral e abrangente, afirma-se que a realização do Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste na concretização da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Anistia política. Constituição de 1988. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Patriotismo constitucional. Pluralismo abrangente.

ABSTRACT

The ADPF no. 320 was filed by the Socialism and Liberty Party (PSOL) in May 2014. In its application, the following requests are made to the Supreme Court: statement that the political amnesty of 1979 does not apply to serious human rights violations perpetrated during the Brazilian military dictatorship; and determination of compliance with the judgment handed down by the Inter-American Court of Human Rights in the case *Gomes Lund et al vs. Brazil*. The debate surrounds two main issues: the admissibility of the ADPF and the relationship between the constitutional and the conventional review of State acts.

In order to properly understand the arguments and positions taken in the discussion, one must assume that the meaning of the democratic rule of law in post-1988 Brazil is at stake. Keeping this in view, the ADPF no. 320 is conceived as an opportunity to review the opinion issued by the Supreme Court in the ADPF no. 153. From the perspective of a constitutional patriotism and a multilateral and comprehensive pluralism, the achievement of International Human Rights Law consists in the implementation of the Brazilian 1988 Constitution.

KEYWORDS: Political amnesty. Brazilian 1988 Constitution. American Convention on Human Rights. Constitutional patriotism. Comprehensive pluralism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE 1: A PROPOSITURA E O CABIMENTO DA ADPF Nº 320.....	15
1 O AJUIZAMENTO DA ADPF Nº 320.....	16
1.1 A petição inicial: possibilidades e limites.....	16
1.2 Os antecedentes da iniciativa: avanços e tensões.....	24
1.3 Conjuntura e estratégia.....	29
2 A ADPF Nº 320 E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO <i>GOMES LUND</i>	33
2.1 A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	33
2.2 O cumprimento da sentença da Corte Interamericana.....	41
2.3 Controvérsia constitucional relevante na ADPF nº 320.....	47
3 A ADPF Nº 320 E O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 153.....	56
3.1 O acórdão do Supremo Tribunal Federal.....	56
3.2 A revisão da anistia e o Poder Judiciário.....	60
3.3 Eficácia vinculante das decisões no controle de constitucionalidade por via principal.....	70
PARTE 2: A ADPF Nº 320 ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 88 E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.....	76
4 SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO NA ERA PÓS-NACIONAL.....	77
4.1 Soberania e Constituição para além do Estado Nacional: entre identidade e diferença.....	77
4.2 Nós, o povo: o paradoxo do poder constituinte e a transformação do direito.....	89
4.3 Para o constitucionalismo: patriotismo constitucional e pluralismo abrangente na Era Pós-Nacional.....	97
5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	103
5.1 Entre a convencionalidade e a constitucionalidade: a tese do sistema de duplo controle.....	103
5.2 O <i>status</i> normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	109
5.3 A eficácia vinculante das decisões da Corte Interamericana.....	118
6 ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....	121
6.1 Da Constituição transversal ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas.....	121
6.2 Convergência, resistência e articulação na adjudicação constitucional.....	124
6.3 Escolher a herança: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a justiça de transição no Brasil.....	132
CONCLUSÕES.....	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140

INTRODUÇÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 15 de maio de 2014. Com a medida, o Supremo Tribunal Federal é provocado a se pronunciar a respeito do suposto descumprimento pelo Estado brasileiro das determinações constantes da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Ao argumento de que a omissão dos órgãos e poderes internos importa em desrespeito à Constituição da República e ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o PSOL pede ao STF que:

- (a) declare “que a Lei de Anistia não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que a Lei da Anistia não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979 (art. 1º)”;
- (b) “determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da Conclusão da referida Sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...)” (2014, p. 14).

Em 28 de agosto do mesmo ano, o Procurador-Geral da República apresentou seu parecer, afirmando, em apertada síntese, que:

- (a) a arguição não se afigura cognoscível no que toca ao pedido genérico de condenação dos Poderes brasileiros ao cumprimento da decisão prolatada pela Corte Interamericana;
- (b) a ação é cabível no que se refere ao descumprimento judicial das determinações da Corte quanto à investigação e à responsabilização criminal dos agentes da repressão ditatorial, tanto no sentido da inaplicabilidade da Lei de Anistia às graves violações de direitos humanos quanto no da sua inaplicabilidade aos crimes permanentes não exauridos;
- (c) como a atividade realizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF nº 153 se restringiu ao controle da constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979, “não há (...) óbice ao conhecimento desta ação [ADPF 320], no que se refere ao efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND com

referência a interpretações judiciais antagônicas em torno do alcance que se deve dar aos preceitos fundamentais do Estado brasileiro” (2014, p. 32);

- (d) a interpretação e a aplicação que o Judiciário brasileiro tem dado à sentença proferida pela Corte Interamericana viola os artigos 1º, inciso III, 4º, inciso I, e 5º, §§ 2º e 3º, todos da Constituição da República, e o artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; em acréscimo, como o magistrado é agente do Estado, o ato judicial pode configurar violação de direitos humanos tanto na hipótese de demora ou inexistência do provimento quanto nos casos em que a própria providência jurisdicional atenta contra o espectro de proteção do(s) direito(s);
- (e) as graves violações de direitos humanos perpetradas ao longo da ditadura civil-militar brasileira constituem crimes de lesa-humanidade, cuja configuração tem assento em normas cogentes de direito costumeiro internacional, sendo imprescritíveis e insuscetíveis de anistia.

Essas considerações, somadas a outras intervenções processuais ocorridas de maio a dezembro de 2014, explicitam a extensão e a profundidade do debate instaurado perante o Supremo Tribunal Federal.¹ Discutem-se não apenas a incompatibilidade da Lei 6.683/1979 com a ordem constitucional de 1988 e a eficácia vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que está em jogo, mais uma vez, é o significado do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito no e para o Brasil.

Consciente da relevância dessa discussão, a presente dissertação tem como principal objetivo compreender criticamente os argumentos e posicionamentos que compõem o debate instaurado na ADPF nº 320. Em um mapeamento preliminar da controvérsia, são identificadas como centrais as seguintes questões: o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a relação, no caso concreto, entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Nesses termos, o tema-problema que se busca enfrentar pode ser traduzido nas seguintes indagações:

- (i) a arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui o veículo adequado para o tratamento do descumprimento da decisão proferida pela Corte Interamericana?

¹ No fechamento da redação desta dissertação, os autos da ADPF encontravam-se conclusos ao Relator, Ministro Luiz Fux, desde 16 de março de 2015.

² A expressão “ditadura civil-militar de 64” designa, nesta dissertação, a integralidade da experiência ditatorial brasileira entre 1964 e 1985, segundo a nomenclatura utilizada por Marcos Napolitano (2014). A respeito do caráter civil do golpe de 1964, cf. Dreifuss (1981) e Starling (1986). Sobre a construção social dos regimes

- (ii) como compatibilizar o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153 com o controle de convencionalidade lançado pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*?

O trabalho está organizado em torno desses dois questionamentos: a parte 1 se ocupa do problema relativo ao cabimento da ADPF nº 320, e a parte 2 traduz uma reflexão acerca da tensão entre a constitucionalidade e a convencionalidade como instâncias de controle da compatibilidade da anistia de 79 com o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O capítulo 1 se atém à propositura da arguição, procedendo a um exame das possibilidades e dos limites da petição inicial apresentada pelo PSOL, assim como a uma análise dos antecedentes da iniciativa e da conjuntura na qual a estratégia processual se insere. No capítulo 2, são inicialmente explorados os fundamentos da sentença proferida pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*; em seguida, é feita uma avaliação do seu estágio de cumprimento e da controvérsia constitucional relevante que decorre do desrespeito pelo Poder Judiciário brasileiro à determinação de condução das investigações e responsabilizações criminais cabíveis. No capítulo 3, são feitas considerações acerca da possibilidade de revisão do juízo de recepção da Lei 6.683, lançado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153; para tanto, realizam-se um resgate do acórdão prolatado pelo STF e uma reflexão crítica sobre o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

Na parte 2, o capítulo 4 é destinado a uma reelaboração da dicotomia entre direito interno e direito internacional na Era Pós-Nacional, à luz da proposta teórica de Michel Rosenfeld, baseada em um pluralismo plurilateral e abrangente, em diálogo crítico ao mesmo tempo com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Nesse referencial, os capítulos 5 e 6 se dedicam à problemática da relação entre os sistemas de controle de constitucionalidade e de convencionalidade dos atos estatais, bem como do panorama institucional relativo à articulação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, são apresentadas as conclusões construídas a partir da investigação realizada.

Em suma, a presente dissertação encara a ADPF nº 320 como uma oportunidade singular para a superação da orientação arbitrada pelo STF em 2010. Nessa perspectiva, um enfrentamento da controvérsia delimitada na arguição consiste não só em proposta investigativa revestida de atualidade, mas em medida de relevância para o equacionamento das transformações sofridas pelo constitucionalismo na Era Pós-Nacional, sobretudo no que

se refere à exigência, que é constitucional, de realização do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil.

PARTE 1
A PROPOSITURA E O CABIMENTO DA ADPF Nº 320

1 O AJUIZAMENTO DA ADPF N° 320

1.1 A petição inicial: possibilidades e limites

O ajuizamento da ADPF n° 320 é um marco na rodada atual de discussão a respeito da aplicabilidade da anistia de 1979 às graves violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura civil-militar de 1964.² Nesse cenário, a democracia brasileira vive um momento singular. Não só em razão dos avanços advindos de um quarto de século de estabilidade político-institucional, mas sobretudo pelo fortalecimento da percepção de que a transição para o regime democrático, a despeito das muitas conquistas vividas nas últimas décadas, traduz um processo incompleto e deficitário. Sem ignorar a tensão que marca a realização do projeto constituinte no Brasil pós-1988, não há dúvidas de que o Estado brasileiro “ainda é devedor do efetivo cumprimento de direitos humanos” (Meyer, 2012, p. 2),³ sobretudo no que se refere aos inúmeros obstáculos à responsabilização de agentes do regime autoritário.

A petição inicial da arguição é subscrita pelos advogados André Brandão Henriques Maimoni, Alberto Brandão Henriques Maimoni, Álvaro Brandão Henriques Maimoni e Fábio Konder Comparato⁴ e está estruturalmente dividida em dois tópicos: preliminar de cabimento da arguição e mérito. Como o Partido arguente é legitimado universal para o ajuizamento de ações de controle por via principal,⁵ nos termos do artigo 103, inciso VIII, da Constituição da

² A expressão “ditadura civil-militar de 64” designa, nesta dissertação, a integralidade da experiência ditatorial brasileira entre 1964 e 1985, segundo a nomenclatura utilizada por Marcos Napolitano (2014). A respeito do caráter civil do golpe de 1964, cf. Dreifuss (1981) e Starling (1986). Sobre a construção social dos regimes autoritários no Brasil e na América Latina, cf. Rollemberg e Quadrat (2010). Já quanto à expressão “graves violações de direitos humanos”, cumpre salientar que se trata da terminologia adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão proferida no caso *Gomes Lund* (à exceção do voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto Figueiredo Caldas) e reiterada pelo PSOL em sua petição inicial. Há uma proximidade semântica muito grande entre ele e o das expressões “crimes contra a humanidade” e “crimes de lesa-humanidade”, conforme sustenta a Procuradoria-Geral da República no parecer apresentado nos autos da ADPF n° 320. Essa concepção e sua projeção no direito positivo interno são identificadas também por Meyer (2012, pp. 38-39).

³ O diagnóstico completo é o seguinte: “Não obstante tenha avançado sob uma série de aspectos na consolidação de instituições de Estado Democrático de Direito, o Brasil ainda é devedor do efetivo cumprimento de direitos humanos. Esse débito é ainda maior caso se dirija o foco para as violações ocorridas sistematicamente naquele período. Sedimentou-se o entendimento, talvez principalmente (mas não só) a partir da Lei n° 6.683/1979, no sentido de que não seria possível a responsabilização de agentes públicos e ex-agentes por graves violações de direitos humanos, ou até mesmo fixou-se a compreensão de que tais fatos pertencem a um passado que não deveria ser resolvido” (Meyer, 2012, p. 2).

⁴ Segundo o Supremo Tribunal Federal, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (incisos VIII e IX do artigo 103 da Constituição) não possuem capacidade postulatória para a propositura de ações de controle de constitucionalidade por via principal, sendo necessária a atuação de advogados. Nesse sentido, cf. a decisão no julgamento da questão de ordem na medida cautelar na ADI 127/AL (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1989). Outrossim, cf. Fernandes (2014, p. 1.141).

⁵ Sobre a preferência pela expressão “controle por via principal”, cf. Meyer, Cruz e Rodrigues (2012, pp. 60-61).

República,⁶ do artigo 2º, inciso I, da Lei 9.882/1999⁷ e da jurisprudência do STF,⁸ não houve necessidade de destacamento de um tópico demonstrativo da pertinência entre o seu campo de atuação e a norma impugnada. Quanto à relatoria, o Ministro Luiz Fux é prevento, em razão de figurar como Relator da APDF nº 153. Foram arroladas como autoridades arguidas a Presidência da República e o Congresso Nacional, já que responsáveis pela edição do ato questionado.

No ponto atinente ao cabimento da ADPF, o PSOL afirma que estão presentes: (a) a violação a preceito fundamental; (b) o ato do Poder Público capaz de provocar tal lesão; e (c) a inexistência de qualquer outro meio apto a inibir a lesividade. Tal afirmação implica uma tentativa de demonstração do preenchimento dos requisitos objetivos de admissibilidade da arguição.⁹ Para tanto, são apontados como violados os preceitos fundamentais constantes do artigo 1º, incisos I e II, do artigo 4º, inciso II, do artigo 5º, §2º, todos do corpo permanente da Constituição da República, e do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tais violações, segundo o aduzido, decorreriam de omissões por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com relação às determinações exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund*.

Em outras palavras, o Partido sustenta que o suposto descumprimento da decisão internacional pelo Estado brasileiro importa, no caso concreto, em transgressão à soberania e à cidadania como fundamentos da República (artigo 1º, incisos I e II); à prevalência dos direitos humanos como princípio pelo qual o Brasil se rege nas suas relações internacionais (artigo 4º, inciso II); à máxima de que o regime de proteção de direitos previsto na Constituição não exclui “outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, §2º); e à diretriz de formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (artigo 7º, ADCT). Nessa perspectiva, ainda que inconscientemente, a argumentação colocada pelo PSOL já põe em destaque a relação complexa (e tensa) entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o sistema constitucional interno, na medida em que subentende que

⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; (...).

⁷ Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; (...).

⁸ Sobre a inclusão dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional no rol dos legitimados ativos universais, cf., por todos, o acórdão proferido no julgamento da medida cautelar na ADI 1096/RS (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1995a).

⁹ Para uma exposição geral dos requisitos objetivos de admissibilidade da ADPF, cf. Mendes (2011, pp. 172-187), Fernandes (2014, pp. 1.188-1.196) e Barroso (2011, pp. 305-319). O tema será retomado no tópico 2.3.

Desrespeitar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos significa desrespeitar o direito vigente. Mais especificamente: significa desrespeitar a Constituição, uma vez que o art. 4º estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (inc. II) (...) (Meyer, 2012, p. 231).

Na verdade, a dimensão constitucional da exigência de cumprimento das determinações da Corte Interamericana consiste em questão-chave não apenas para a estrutura argumentativa da petição inicial, mas para a inteireza do debate que compõe a ADPF nº 320. Por enquanto, todavia, cumpre esclarecer que o manuseio da arguição de descumprimento de preceito fundamental implica a assunção, pelo Partido Socialismo e Liberdade, da inevitabilidade da interface entre o controle de convencionalidade (feito à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e o controle de constitucionalidade (feito à luz da Constituição da República) dos atos estatais. Os desdobramentos e pontos nevrálgicos dessa interface serão recuperados na Parte II desta dissertação.

No tocante ao requisito relativo ao ato do Poder Público, o requerente sustenta, conforme já explicitado, que há omissão por parte dos Poderes constituídos brasileiros face às determinações proferidas no caso *Gomes Lund*. A assertiva é trabalhada com maior detalhamento na seção concernente ao mérito, com a atribuição ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário da responsabilidade pelo não cumprimento da decisão da Corte Interamericana. No âmbito executivo, as providências engendradas teriam se limitado à busca dos restos mortais dos guerrilheiros no Araguaia, em desatenção às demais orientações constantes da sentença. No que se refere à instância legislativa, a omissão apontada pelo PSOL se consubstancia na não aprovação de projeto de lei que tipifique o crime de desaparecimento forçado de pessoas. Por fim, no tocante à jurisdição brasileira, o problema se encontra na resistência oferecida por muitos magistrados à consolidação de investigações e ações destinadas à responsabilização criminal de agentes do Estado pelas graves violações de direitos humanos ocorridas ao longo da repressão civil-militar de 1964. Dessa configuração resulta a afirmativa de que “passados três anos e meio da prolação da sentença condenatória do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, suas decisões ainda não foram cumpridas pelos órgãos do Estado Brasileiro” (Brasil. Partido Socialismo e Liberdade, 2014, p. 8).

Por fim, no que respeita à condição de inexistência de qualquer outro meio eficaz de inibição da lesividade, o Partido aduz, com base em precedentes do Supremo Tribunal

Federal,¹⁰ que a subsidiariedade a que faz referência o §1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/1999¹¹ se restringe à utilização de meios igualmente eficazes de solução da controvérsia constitucional e reparação do preceito fundamental. A eficácia desses meios deve ser compreendida a partir do sistema de tutela por via principal da ordem constitucional, não se podendo confundir o caráter subsidiário da ADPF com uma exigência de esgotamento das vias ordinárias concretas. No caso brasileiro, diferentemente das diretrizes que orientam a utilização do *Verfassungsbeschwerde* alemão e do recurso de amparo espanhol (Mendes, 2011, pp. 180-182), o veículo da arguição é engrenagem de um modelo de jurisdição constitucional concentrada que “não se destina a absorver toda e qualquer discussão subjetiva envolvendo questões constitucionais” (Barroso, 2011, p. 316), muito embora os conflitos subjetivos sirvam quase sempre de contexto para a propositura, o processamento e o julgamento da ação de controle por via principal.¹² Ressalvando o uso indiscriminado do adjetivo “objetivo”, vale mencionar a síntese de Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de *meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, e geral e imediata*, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental (2011, p. 183, destaques no original).

Nessa leitura, a ADPF nº 320 não se presta a substituir as medidas de cumprimento das determinações da sentença no caso *Gomes Lund*. Por esse motivo, seu cabimento, na abordagem formulada pelo PSOL, não pode ser questionado quanto ao atendimento da exigência de subsidiariedade. Apesar de aparentemente menos complexa no todo do debate instaurado, essa construção argumentativa é resgatada e problematizada no tópico 2.3, principalmente à luz do monitoramento do cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seguida às assertivas concernentes à admissibilidade da ADPF, é apresentado o tópico relativo ao mérito, organizado em torno dos seguintes subtópicos: (a) a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha

¹⁰ Trata-se das decisões no julgamento do agravo regimental na ADPF 17 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2002) e da medida cautelar na ADPF 33 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003b).

¹¹ Art. 4º (...).§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹² Para uma crítica do senso de que o controle de constitucionalidade por via principal é, por sua natureza, abstrato e objetivo, cf. Meyer, Cruz e Rodrigues (2012, pp. 59-109).

do Araguaia); (b) a inexecução da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro; (c) a inconstitucionalidade por omissão do Estado Brasileiro; e (d) o desrespeito ao Sistema Internacional de Direitos Humanos. De forma geral, a petição tem como fundamento principal a noção de que “a inexecução, pelo Estado Brasileiro, da Sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil* representa clara violação da ordem constitucional brasileira” (2014, p. 9). Na construção dessa afirmação, o arguente menciona normas de Direito Internacional Público, com destaque para a proteção internacional dos direitos humanos.

No primeiro subtópico, o PSOL narra que o Brasil foi declarado responsável pela violação dos seguintes direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: personalidade jurídica, vida, integridade e liberdade das pessoas atingidas pela repressão no caso da Guerrilha do Araguaia; integridade pessoal de seus familiares; e liberdades de pensamento e expressão, em função dos impedimentos colocados ao conhecimento da verdade sobre o ocorrido.¹³ Ademais, a Corte decidiu que o Estado brasileiro descumpriu o dever de adequar seu direito interno às diretrizes previstas na Convenção, sobretudo no que concerne às garantias e à proteção judiciais.¹⁴ Com base nisso, o Brasil foi condenado à adoção de uma série de providências, entre elas a condução eficaz das investigações criminais das violações de direitos humanos cometidas no contexto da ditadura militar.¹⁵ Corroborando com essas determinações, e à luz dos dados fornecidos pela Comissão Especial sobre Mortos

¹³ Tais direitos encontram-se previstos nos artigos 3º (personalidade jurídica), 4º (vida), 5º (integridade pessoal), 7º (liberdade pessoal) e 13 (liberdade de pensamento e expressão) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁴ A Corte Interamericana assevera na sentença proferida no caso *Gomes Lund* que “à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, em termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos” (2010a, pp. 64-65).

¹⁵ No parágrafo nº 9 dos pontos resolutivos da sentença no caso *Gomes Lund*, a Corte Interamericana determina que “o Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal *dos fatos do presente caso* a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja (...)” (2010a, p. 114, destaque nosso). Nessa leitura, o que se concebe a princípio é que a resolução se restringe aos fatos relativos à repressão no contexto da Guerrilha do Araguaia. Contudo, a Corte também assevera, no parágrafo nº 3 dos pontos resolutivos, que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e *tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil*” (2010a, p. 113, destaque nosso). Em assim sendo, adota-se, nesta dissertação, a interpretação de que o cumprimento efetivo da decisão internacional exige a investigação e a eventual responsabilização criminais de todos os possíveis agentes envolvidos com o aparato autoritário de violação de direitos humanos. Nesse mesmo sentido, cf. Meyer (2012, pp. 293-294).

e Desaparecidos Políticos e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, o requerente sustenta que as arbitrariedades do regime autoritário traduziram “uma política de terrorismo de Estado” (2014, p. 6).

Ainda no mesmo ponto, afirma que o Supremo Tribunal Federal ignorou o caráter permanente dos crimes de ocultação de cadáver perpetrados pelos agentes públicos brasileiros em face dos opositores políticos.¹⁶ A conclusão é no sentido de que “eles não foram atingidos pela anistia objeto da Lei nº 6.683, de 1979, pois, de acordo com o disposto em seu art. 1º, essa exclusão de punibilidade abrange apenas os delitos consumados até 15 de agosto de 1979” (Brasil. Partido Socialismo e Liberdade, 2014, p. 6).

No segundo subtópico, o Partido alega que não houve o cumprimento efetivo da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de passados mais de três anos do julgamento. Conforme explanado, esse descumprimento repercute nos três Poderes, revelando-se de maneiras específicas, a depender das incumbências impostas a cada âmbito de atuação estatal. Na referência à conjuntura parlamentar, são mencionadas duas tentativas de delimitação interpretativa da Lei de Anistia pela via legislativa: o Projeto de Lei nº 573/2011, apresentado pela Deputada Luiza Erundina, e o Projeto de Lei nº 237/2013, apresentado pelo Senador Randolfe Rodrigues, ambos filiados ao PSOL.¹⁷

Nos subtópicos seguintes, é apresentado o argumento de que a omissão brasileira frente às determinações impostas pela Corte Interamericana viola não só a Constituição da República, com relação aos dispositivos já referidos, mas também o artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que registra o compromisso dos Estados membros de cumprir as decisões da Corte “em todo caso em que forem partes”.¹⁸ De acordo com o PSOL, não se pode utilizar o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153 como “escudo”, uma vez que, a teor do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”.¹⁹

¹⁶ No parecer da Procuradoria-Geral da República, é feita uma diferenciação entre crimes continuados e crimes permanentes: “Como é sabido, há continuidade delitiva quando dois ou mais crimes da mesma espécie são praticados em condições de tempo, lugar e modo de execução similares; nessas circunstâncias, por motivos de política criminal, o art. 71 do Código Penal determina unificação das penas. Diversamente do que ocorre nos crimes permanentes, nos quais há apenas uma ação que se prolonga no tempo, nos delitos continuados há dois ou mais crimes, que podem ser instantâneos ou permanentes, cometidos em sequência” (2014, pp. 32-33).

¹⁷ Os referidos projetos consubstanciam iniciativas do Partido Socialismo e Liberdade previamente à propositura da ADPF nº 320.

¹⁸ Artigo 68 – 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

¹⁹ Artigo 27 – Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Em acréscimo, o requerente aduz que a obrigatoriedade de cumprimento do determinado pela Corte Interamericana não pode ser interpretada como transgressão à soberania do Estado, já que o “ser soberano” não implica um “ser irresponsável” frente ao dever de respeitar e proteger os direitos humanos. Como o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992 (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) e reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998 (Decreto Legislativo nº 89, de dezembro de 1998), a observância da decisão no caso *Gomes Lund* importa, na verdade, em afirmação dessa soberania.²⁰

Ora, como fartamente sabido, os princípios jurídicos não são inter-excludentes, mas, bem ao contrário, devem ser interpretados e aplicados de modo harmônico.

Assim é que tanto a soberania política interna (a soberania do povo no regime democrático) quanto a externa não excluem a aplicação do princípio fundamental do Estado de Direito, o qual determina a submissão de todos os órgãos de poder, inclusive do titular do poder supremo, ao ordenamento jurídico. Se assim não fosse, a soberania – interna ou externa – seria sinônimo de irresponsabilidade e impunidade.

No plano internacional, os Estados soberanos devem, portanto, submeter-se não só aos tratados que subscreveram, ou aos quais aderiram, de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*, como ainda às normas imperativas (*jus cogens*), definidas no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados v Brasil (Partido Socialismo e Liberdade, 2014, p. 11).

A menção às “normas imperativas” no Direito Internacional Público, também conhecidas como *jus cogens*, é providencial, porquanto embasa a legitimidade da imposição de deveres que não podem ser desconsiderados pelos Estados, independentemente de qualquer tratado. Segundo o afirmado na petição inicial, nesse rol se inclui o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade. O tema será elaborado no capítulo 4. Por ora, cabe apenas elucidar que a experiência das atrocidades vividas pela humanidade no Século XX levou à realocação do Direito Internacional, que despertou para uma “consciência jurídica universal” pautada no reconhecimento da pessoa humana como destinatária final de todo e qualquer projeto normativo. Essa transformação implicou o fortalecimento de um “caráter absoluto dos direitos fundamentais inderrogáveis”, abrindo espaço para a legitimação de comandos impostos aos Estados pela própria comunidade internacional, sem qualquer lastro em manifestações formais de vontade. De certa forma, portanto, a emergência *do jus cogens* ao mesmo tempo pressupôs e nutriu

²⁰ Nessa linha de ideias, o Partido cita o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), segundo o qual “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. O ponto defendido (de consistência bastante duvidosa) é no sentido de que, como o dispositivo não menciona os tratados internacionais de direitos humanos e as sentenças de tribunais internacionais, a eles não pode ser aposta a ressalva da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes.

a necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento internacional. Já não se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, que abandonava os indivíduos à intermediação discricionária dos Estados nacionais para a proteção de seus direitos. Já não se sustentavam os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluiu do ordenamento jurídico internacional o destinatário último das normas jurídicas: o ser humano. Impunha-se restituir ao ser humano a posição central – como sujeito do Direito tanto interno como internacional – de onde havia sido indevidamente alijado, (...) (Cançado Trindade, 1999, p. 414).

Com essas considerações, verifica-se que as linhas discursivas que edificam a demanda proposta pelo PSOL são, em resumo, as seguintes:

- (a) a arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste na ferramenta adequada para o questionamento da compatibilidade da Lei da Anistia com a Constituição de 88 e a remediação do descumprimento pelo Estado brasileiro da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund*;
- (b) o não cumprimento da decisão da Corte Interamericana implica violação à Constituição de 88;
- (c) o não cumprimento da decisão da Corte Interamericana implica violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²¹

A despeito de graves problemas na organização dos argumentos, a propositura da ADPF nº 320 enuncia um campo renovado de possibilidades para a discussão concernente à compatibilidade da anistia de 79 com a Constituição de 88. A iniciativa cumpre a função de reabrir o debate relativo à justiça de transição brasileira perante o Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo, não obstante as omissões, contradições e obscuridades presentes na petição inicial, o ajuizamento da arguição permite reelaborar, no exercício de um controle por via

²¹ Além do petitório transcrito no início deste tópico, elaborado com base na argumentação exposta, o PSOL também requer a fixação de data para audiência pública, a produção das provas necessárias ao esclarecimento da questão posta e a notificação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, para que ofertem manifestação, nos termos do regramento constitucional. Em anexo à inicial, foram colacionados os seguintes documentos: (a) procuração, substabelecimentos e cópia dos atos constitutivos do Partido arguente; (b) cópia do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos); (c) cópia do Decreto Legislativo nº 89, de 1998 (aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos); (d) cópia da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia); (e) cópia do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos); (f) cópia do Projeto de Lei nº 573/2011, apresentado pela Deputada Luiza Erundina (dá interpretação autêntica ao disposto no artigo 1º, §1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979); (g) cópia do Projeto de Lei nº 237/2013, apresentado pelo Senador Randolfe Rodrigues (define crime conexo, para fins do disposto no artigo 1º, §1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979); (h) cópia do Relatório “Grupo de Trabalho Justiça de Transição”, relativo às atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011/2013; (i) cópia da Resolução nº 2391 da Assembleia Geral da ONU, a respeito da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade; (j) cópia da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, proferida em 24 de novembro de 2010.

principal, a controvérsia que ainda pesa sobre a responsabilidade da sociedade e do Estado brasileiros frente ao seu próprio projeto constituinte de Estado Democrático de Direito. Não há dúvidas de que o mote principal dessa reabertura é a sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*. Entretanto, a disputa pela anistia e pela Constituição no cenário político-jurídico do Brasil atual compreende um processo complexo, havendo muitas razões para a emergência da percepção de que a orientação adotada no julgamento da ADPF nº 153 precisa ser superada.

1.2 Os antecedentes da iniciativa: avanços e tensões

Esclarecida a estrutura argumentativa da petição inicial na ADPF nº 320, é preciso resgatar os antecedentes da iniciativa. Não se pode perder de vista que o debate instaurado perante o Supremo Tribunal Federal está arrimado em uma conjuntura de avanços e tensões. Nessa perspectiva, a análise da controvérsia representa uma tentativa de contribuição à longa luta pela revisão da autoanistia política de 1979.²² Apesar de ser um marco importante nesse debate, o acórdão prolatado na ADPF nº 153 não pode consubstanciar uma palavra final sobre o assunto.²³ A decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*, as iniciativas no espaço legislativo, as ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal e a própria ADPF nº 320 compõem um quadro de forte questionamento ao posicionamento então assumido pelo STF.

Nesse processo, o que está em disputa é não só a interpretação da Lei nº 6.683/1979, mas o próprio significado da Constituição de 1988 para o Brasil democrático.²⁴ Tendo isso em vista, um estudo que se proponha a enriquecer esse espaço de discussão visa, na verdade, a colaborar para a delimitação do papel ativo que a sociedade brasileira deve adotar como “herdeira” de seu passado autoritário. Uma postura reconstrutiva, que não apenas assimila mas busca efetivamente realizar os princípios que orientam o processo democrático, compromete-se com a escrita de um novo passado, para a edificação de um futuro renovado. Isso não importa em desconsiderar a decisão havida na ADPF nº 153, mas em, a partir dela, refletir criticamente a respeito da compatibilidade do eventual obstáculo da anistia de 1979

²² Sobre as mudanças no conceito de anistia na justiça de transição brasileira, cf. Abrão e Torelly (2013, pp. 111-131).

²³ Em seguida a uma reconstrução da sentença da Corte Interamericana, Emílio Meyer afirma que “a questão passa a ser a de definir a imposição da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund* sobre a decisão do STF na ADPF nº 153/DF” (2012, p. 241).

²⁴ Acerca da disputa em torno do conceito de constituição no Brasil pós-1964, perpassando os “esforços de legitimação” do regime autoritário de 1964 e a contenda pelo significado da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 e da Constituição de 1988 para o Brasil democrático, cf. Paixão (2012; 2014, pp. 415-458) e Barbosa (2012). Para uma crítica dos discursos oficiais sobre a “transição política brasileira”, cf. Cattoni de Oliveira (2011, pp. 207-247).

com o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pode-se dizer, portanto, que o desacerto do Supremo Tribunal Federal é ponto de partida para a análise feita nesta dissertação, haja vista que “aquele que foi já não pode mais não ter sido: doravante, esse fato misterioso, profundamente obscuro de ter sido, é o seu viático para a eternidade” (Jankélévitch *apud* Ricoeur, 2007, p. 13, epígrafe).

Isso não significa, por outro lado, que se deva assumir o acórdão prolatado pelo STF como premissa inquestionável, já que o “fato de ter sido” carrega, em uma leitura crítico-reconstrutiva, a vocação de “deixar de ser”. Essa percepção ganha evidência alguns meses após o julgamento da ADPF nº 153, com o proferimento pela Corte Interamericana da sentença no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em 24 de novembro de 2010.²⁵ O reconhecimento internacional de que o Estado brasileiro é responsável por violações a direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sobretudo em razão de não ter encaminhado uma resposta adequada aos crimes contra a humanidade ocorridos no contexto da ditadura civil-militar de 1964, colide frontalmente com o suposto de que a Lei da Anistia foi recepcionada pela nova ordem constitucional.²⁶ Em seu voto fundamentado, o juiz brasileiro Roberto de Figueiredo Caldas, que figurava como *ad hoc* no julgamento do caso *Gomes Lund*, proclama com precisão a amplitude dessa colisão:

O caso julgado envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com caso inédito de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada.

A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...) (2010b, p. 1).

Essa reviravolta permitiu a sedimentação de novas frentes de oposição, embora estrategicamente sutilizada, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em 28 de fevereiro de 2011, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal promoveu uma reunião de trabalho especialmente destinada ao debate “sobre os efeitos domésticos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*” (2011a, p. 1). Com o propósito de acertar a coordenação criminal da

²⁵ A sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* será examinada com profundidade no tópico 2.1.

²⁶ Sem querer antecipar o debate que se avizinha, vale noticiar que o caráter de oposição (no sentido da incompatibilidade) entre os pronunciamentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* é também objeto de controvérsia, já que, para alguns autores, os sistemas de controle de constitucionalidade e de convencionalidade consubstanciam instâncias autônomas, distintas e inarticuláveis de fiscalização da adequabilidade dos atos estatais.

instituição, a Câmara convidou à discussão os Procuradores da República encarregados do encaminhamento interno das questões atinentes a direitos humanos. Com base na discussão realizada, foi elaborado um documento-síntese das conclusões alcançadas, publicado em 21 de março de 2011.²⁷ É digno de nota que, cerca de três anos antes do ajuizamento da ADPF nº 320, o Ministério Público tenha expressamente anotado que tal documento serviria “de subsídio aos passos a serem dados (...) no cumprimento da sentença internacional da Corte Interamericana”, tendo, “como primeiro destinatário, o Procurador-Geral da República” (2011a, p. 1).

A leitura feita pelo MPF é no sentido de que a sentença no caso *Gomes Lund* impõe ao Estado brasileiro a obrigação de conduzir, de maneira eficaz, a investigação das graves violações de direitos humanos cometidas pelo regime autoritário de 1964, com vistas ao esclarecimento dos fatos, à definição das responsabilidades e à aplicação das punições cabíveis. Quanto aos critérios extraídos da orientação internacional, os Procuradores conferem uma ênfase especial à impossibilidade de utilização da Lei de Anistia à persecução criminal dos agentes do Estado ditatorial.

Já no que se refere à compatibilização da decisão da Corte com o acórdão prolatado pelo Supremo na ADPF nº 153, sustentam que não há conflito entre os dois pronunciamentos. Isso porque “o Supremo Tribunal Federal exerceu controle de constitucionalidade”, ao passo que “a Corte fez controle de convencionalidade”. Como “a anistia aos agentes de crimes contra direitos humanos deve superar estes dois controles e as duas fontes de direito: a Constituição e a Convenção”, a fiscalização feita no âmbito do sistema interamericano, segundo o Ministério Público, disse essencialmente respeito a um espaço autônomo de controle, o qual não se confunde com o filtro concentrado levado a efeito pelo STF (2011a, p. 7). Essa via conciliatória implica, porém, a pressuposição de que as decisões da Corte Interamericana são de cumprimento obrigatório pelo Estado brasileiro, inclusive a teor de disposição constitucional originária.²⁸ Por isso, a inobservância das determinações internacionais consiste em providência incogitável, já que “só é possível se for precedid[a] por declaração de inconstitucionalidade do ato de reconhecimento da jurisdição da Corte”

²⁷ Cuida-se do documento nº 1/2011, que segue assinado pelos Procuradores da República André de Carvalho Ramos, André Raupp e Andrey Borges de Mendonça.

²⁸ Nos dizeres do Ministério Público Federal, “a solução conciliatória considera que as sentenças da Corte têm legitimidade na Constituição, e são compatíveis com o artigo 4º-II, com o artigo 5º-§§ 2º e 3º e com o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Constituição acolhe os tratados internacionais de direitos humanos como fonte de direito interno e podem ser interpretados e aplicados em situações específicas por Corte internacional e não apenas por Corte nacional. A Constituição é coerente em reconhecer este tribunal internacional de direitos humanos e sua jurisdição para produzir efeitos internos (artigo 7º do ADCT). O corolário natural de um tribunal internacional é *cumprir* suas sentenças” (2011a, p. 5, destaques no original).

(Brasil. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2011a, p. 5). E mais: mesmo eventual denúncia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o que, a toda evidência, não afastaria a obrigação de dar cumprimento às decisões já proferidas – não seria possível, porquanto “a proibição constitucional de retrocesso, contida no artigo 60-§ 4º-IV da Constituição, sequer admite emenda constitucional que tenda a abolir direitos e garantias individuais já assegurados por norma em vigor” (Brasil. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2011a, p. 6).

Com fulcro nessa argumentação, os Procuradores da República asseveram que o Ministério Público Federal – ao qual incumbe, à luz do artigo 127 da Constituição de 1988, defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – consiste em uma das instituições responsáveis pela implementação das determinações constantes da sentença da Corte Interamericana. Para o alcance de tal desiderato, o MPF deve dar encaminhamento às investigações criminais pertinentes:

Para cumprir de maneira eficaz este dever constitucional e a decisão da Corte Interamericana, deve-se assegurar apoio institucional aos membros do Ministério Público Federal com atribuição sobre cada caso concreto, inclusive com a constituição de grupo de trabalho, e definição de recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas, para acessar a documentação e informação pertinentes, para investigar os fatos denunciados e conduzir, com eficiência, as ações e investigações essenciais para esclarecer o que ocorreu a mortos e desaparecidos (2011a, p. 9).

Outrossim, o documento registra a necessidade de um alinhamento estratégico junto à Polícia Federal, bem como define a competência da Justiça Federal para o processamento das medidas cabíveis, ao argumento de que os agentes violadores de direitos humanos “agiam no interesse do Estado ditatorial, centralizado na União, e não de qualquer de seus segmentos” (2011a, p. 9). Nesse quadro, o Ministério Público Federal assume a responsabilidade pela realização dos direitos humanos reconhecidos pelo tribunal internacional. Contudo, o mais importante é perceber que, assentadas as diretrizes de ação, quaisquer dúvidas a respeito da aplicabilidade de anistia, prescrição ou irretroatividade não podem subsistir, já que “a própria Corte decidiu estas questões, superando os óbices à persecução penal que delas decorrem” (Brasil. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2011a, pp. 7-8). Com tal afirmação, o grupo de Procuradores assume a premissa de que os crimes contra a humanidade ocorridos no contexto da ditadura de 1964 devem ser assimilados pela ordem democrática, de modo a interromper a perpetuação da impunidade.

Em confirmação das orientações assumidas no primeiro semestre daquele ano, foi realizado o *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição*, em Brasília, nos dias 12 e

13 de setembro, e publicado o documento nº 2/2011, no dia 3 de outubro. O instrumento corrobora com as conclusões a propósito dos efeitos da sentença prolatada pela Corte Interamericana e das atribuições constitucionais do Ministério Público Federal.²⁹ Sob o ponto de vista institucional, os avanços retratados nos referidos registros consubstanciam iniciativas de importância no percurso da superação do entendimento firmado na ADPF nº 153. Além disso, esses pronunciamentos ilustram o cenário de atuação do MPF na luta, tanto anterior quanto posterior às reviravoltas de 2010, contra a extensão da Lei 6.683 aos “agentes públicos responsáveis por homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor” (Cattoni de Oliveira; Meyer, 2011, p. 249). Há muitos exemplos de procedimentos investigatórios instaurados nessa perspectiva, bem como de ações penais, as quais são mencionadas no tópico 2.2.³⁰

Porém, são inúmeras as tensões que permeiam o andamento desses procedimentos. Ao lado de inquéritos em desenvolvimento e denúncias recebidas pela Justiça Federal, há procedimentos investigatórios arquivados, como, por exemplo, os de nº 0013434-40.2008.4.03.6181 (caso *Vladimir Herzog*), 2009.51.01.809410-8 (caso *Operação Condor RJ*) e 0012372-62.2008.4.03.6181 (caso *Luiz José da Cunha*),³¹ e ações penais extintas, a maioria delas com base na anistia e no precedente do Supremo Tribunal Federal. Em um panorama geral, o contexto que antecede a propositura da nova arguição de descumprimento de preceito fundamental é marcado por conflitos. Verificam-se dificuldades na assimilação da eficácia vinculante das decisões proferidas pela Corte Interamericana, o que tem alimentado pronunciamentos em descumprimento das determinações da sentença no caso *Gomes Lund*.³² Por isso mesmo, a responsabilidade do STF na tarefa de guardar a Constituição mostra-se renovada, na medida em que são colocadas em questão não apenas a incompatibilidade de anistias de graves violações de direitos humanos com o projeto constituinte de Estado Democrático de Direito, mas também as incongruências entre o déficit brasileiro na

²⁹ No documento n. 2/2011, o Ministério Público Federal registra, de forma ainda mais completa e específica, que “em razão do caráter vinculante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*, há necessidade de dar-lhe cumprimento na parte que cabe ao Ministério Público Federal, notadamente em relação aos pontos resolutivos 3 e 9 da sentença, que tratam da obrigatoriedade da persecução penal de graves violações de direitos humanos, a fim de elucidá-las e determinar as correspondentes responsabilidades criminais” (2011b, p. 7).

³⁰ Para uma análise “da atuação do Ministério Público Federal na promoção das ações judiciais destinadas à implementação das dimensões fundamentais da justiça transicional”, cf. Meyer (2012) e Morais (2013).

³¹ A tensão se estende até mesmo ao interior do Ministério Público Federal, já que os procedimentos investigatórios citados foram arquivados a pedido da própria Procuradoria da República.

³² A conjuntura de (des)cumprimento da sentença no caso *Gomes Lund* será, conforme já noticiado, recuperada no tópico 2.2.

efetivação da justiça de transição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao qual o Brasil se submeteu por vontade soberana.

1.3 Conjuntura e estratégia

A princípio, a escolha de ajuizar a ADPF nº 320 poderia ser lida como a repetição de um erro de manobra. Isso porque a deflagração repetida do procedimento de controle de constitucionalidade por via principal, concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, acabaria por contribuir para o esvaziamento do potencial deliberativo do controle difuso, manejado por via incidental em meio aos mais diversos juízes e tribunais do país. Nesses termos, a crítica feita por Emílio Meyer à estratégia adotada pelo Conselho Federal da OAB com a propositura da ADPF nº 153 é pertinente, na medida em que evidencia a prematuridade com que a jurisdição constitucional foi convidada a encerrar um debate que mal havia se iniciado no Brasil (2012, pp. 14-26). Em outras palavras, “a via, ainda que mais lenta, do controle difuso poderia estimular o dissenso e possibilitar decisões judiciais que pudessem reconhecer a não recepção pela ordem constitucional de 1988 da Lei de Anistia” (Meyer, 2012, p. 21). Por isso mesmo, “colocar mais esse fardo nos ombros do Supremo Tribunal Federal não parecia ser o caminho correto” (Meyer, 2012, p. 20).

Quanto à especificidade da situação atual, o direcionamento fixado no caso *Gomes Lund* deve servir de alicerce para o questionamento concreto da aplicabilidade da anistia de 1979 às graves violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura de 1964. Tal questionamento resulta em uma indagação a respeito da inserção institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Assim, haveria uma enorme potencialidade nas discussões instauradas (e por instaurar) perante a jurisdição de primeira instância, precisamente em função de ela consubstanciar um espaço próprio para o revolvimento dos elementos que perpassam pela problemática da justiça de transição no Brasil pós-1988. Todavia, já que “aquele que foi já não pode mais não ter sido”, o peso do acórdão exarado no julgamento da ADPF nº 153, embora não passado completamente em julgado, impõe um ônus especial sobre a atuação jurisdicional interna, não obstante o advento da sentença da Corte Interamericana.³³ Merecedor de inúmeras críticas, o pronunciamento feito pelo Ministro Cezar Peluso, então Presidente do Supremo, é elucidativo desse ônus:

³³ Emílio Meyer também percebe a complexidade do problema ao afirmar que a insistência no controle por via incidental poderia ter evitado “o agora possível cabimento de uma reclamação (artigo 102, inc. I, 1, da Constituição de 1988) fundada no efeito vinculante da decisão na ADPF nº 153/DF (...)” (2012, p. 21).

Há algumas coisas que são indiscutíveis. Primeiro: a Corte Interamericana não é instância revisora do STF. Eles não têm competência nem função de rever as decisões do STF. Nossa decisão no plano interno continua tão válida quanto antes. Morreu o assunto.

(...)

Se o Presidente da República resolver indenizar as famílias (de mortos durante a Guerrilha do Araguaia), não há problema. Mas se abrirem um processo contra qualquer um que o STF considerou anistiado, o tribunal mata o processo na hora (Recondo e Gallucci, 2010, p. 1).

É dizer: há uma força vinculante que emana de um acórdão prolatado pelo STF em controle de constitucionalidade por via principal. Essa força fundamenta o manejo da reclamação constitucional, que traduz, pela manifestação do direito de ação, um canal processual para o sepultamento das vindicações subsequentes eventualmente tentadas perante as esferas inferiores.³⁴

Um exemplo esclarecedor é a reclamação nº 18.686, proposta por José Antônio Nogueira Belham, Rubens Paim Sampaio, Raymundo Ronaldo Campos, Jurandyr Ochsandor e Souza e Jacy Ochsandor e Souza em face de decisão do juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que recebeu denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal (ação penal nº 0023005-91.2014.4.02.5101) com fundamento no cometimento dos crimes de homicídio, ocultação de cadáver, fraude processual e quadrilha, todos concernentes ao desaparecimento do Deputado Rubens Paiva em janeiro de 1971. No pronunciamento pelo recebimento, o magistrado de primeiro grau afastou a incidência da Lei nº 6.683/79, ao entendimento de que a anistia abrange apenas os atos praticados com base na legislação de exceção (Atos Institucionais e figuras afins). Em interpretação equivalente, o Tribunal Regional Federal da 2ª região, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 0104222-36.2014.4.02.0000, impetrado com vistas ao trancamento da referida ação penal, asseverou a inaplicabilidade da Lei de Anistia à hipótese concreta, defendendo abertamente que quaisquer impedimentos à investigação e à sanção das graves violações de direitos humanos cometidas pela repressão autoritária de 1964 era incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Apesar disso, na decisão de deferimento da liminar na reclamação, o Ministro Teori Zavascki reconheceu a relevância dos argumentos apresentados pelos acusados, entendendo, “em juízo de verossimilhança”, que a decisão da 4ª Vara Federal Criminal do Rio mostra-se inconciliável com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. Argumentando que o aludido precedente é dotado “de eficácia *erga omnes* e

³⁴ A respeito do instituto da reclamação constitucional e de sua configuração como manifestação do direito de ação, cf., por todos, Leonel (2011).

efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99), podendo seu cumprimento ser exigido por via de reclamação (art. 13)” (2014, s. p.), o julgador decretou a suspensão da ação penal ajuizada.

A conjuntura analisada é demonstrativa de um estreitamento da deliberatividade das instâncias judiciais ordinárias. Em virtude da possibilidade de utilização da reclamação constitucional, sob o pretexto da garantia da autoridade das decisões em fiscalização por via principal, o potencial dialógico do modelo de controle difuso por via incidental afigura-se comprometido. Por isso mesmo, embora as ressalvas feitas à propositura da ADPF nº 153 pelo Conselho Federal da OAB permaneçam válidas, não se pode linearmente estender a crítica à postura assumida pelo PSOL com o ajuizamento da ADPF nº 320. No estágio atual, a concentração do debate perante o Supremo consiste em circunstância inevitável.

Essa inevitabilidade deve ser equacionada, inclusive por razões pragmáticas, dada a controvérsia judicial que marca o processamento das ações penais ajuizadas pelo Ministério Público Federal. Em breve artigo sobre o tema desta dissertação, Cláudio Souza Neto assevera que “não há obstáculo para STF rever o julgamento da Lei da Anistia”. Sua assertiva inicial se baseia nas seguintes premissas: *(i)* o juízo de recepção da Lei 6.683/79 pela Constituição de 1988 afigura-se aberto a uma revisão, em virtude da estrutura do modelo judicial de controle de constitucionalidade por via principal; *(ii)* por haver um sistema de dupla fiscalização da adequabilidade dos atos estatais (constitucionalidade e convencionalidade), “ainda que o Supremo Tribunal Federal não reveja a decisão proferida na ADPF 153, os juízes competentes podem julgar ações penais ajuizadas contra agentes públicos que cometeram crimes contra os direitos humanos durante o regime militar” (2014, s. p.). Ao longo deste trabalho, os dois pontos levantados pelo autor serão devidamente examinados. Porém, no que se refere à segunda premissa, vale adiantar que, mesmo para os estudiosos que sustentam a tese do duplo controle, a defesa da desnecessidade de qualquer pronunciamento por parte do STF revela-se inocente.

A presunção de que a anistia de 1979 já está derrubada, ao argumento de que a instância de averiguação da convencionalidade é independente da de verificação da constitucionalidade, faz pouco caso do peso que o acórdão proferido no julgamento da ADPF nº 153 impõe sobre o exercício da jurisdição interna. Não se ignora que a defesa da possibilidade atual de processamento das ações criminais ajuizadas em face dos agentes do regime de 1964 constitui tese procedente e dotada de potencial estratégico, sobretudo em vista

da possibilidade de reafirmação da orientação vetusta do Supremo Tribunal Federal.³⁵ Contudo, para uma análise da ADPF nº 320, a insistência em teorias alheias à realidade forense brasileira – como a de que a Lei nº 6.683, por ser inconvencional, já se afigura plenamente extirpada do ordenamento jurídico – não cumpre a função de projetar o substrato da luta pelo Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, é preciso lidar com a decisão pregressa, tomando-a como algo “que foi” e que, portanto, “não pode mais não ter sido”, conquanto mereça ser, tanto ontem quanto hoje, negada e revista.

³⁵ O uso do adjetivo “vetusta” se justifica tanto pelo aspecto formal de que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF nº 153 compõe o passado institucional do direito brasileiro quanto pela percepção material de que a diretriz que ele encampa se afigura ultrapassada.

2 A ADPF Nº 320 E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO *GOMES LUND*

2.1 A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em sua petição inicial, o PSOL pontua que o não cumprimento pelo Brasil das determinações da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos importa em violação a uma série de preceitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988. Com arrimo nisso, pede ao Supremo Tribunal Federal que “determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da Conclusão da referida Sentença (...)” (2014, p. 14). Em outras palavras, no que diz respeito ao pedido transcrito, o requerente vindica a execução da decisão internacional.

Tendo isso em vista, a Presidência da República, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República alegam o descabimento da ADPF para o cumprimento geral dos pontos resolutivos da sentença no caso *Gomes Lund*. Na manifestação de informações apresentada pela Presidência da República, afirma-se que o veículo eleito pelo arguente “é absolutamente impróprio para a obtenção do provimento pretendido”, ao argumento de que “a postulação pretende transmutar o instrumento repressivo de controle concentrado de constitucionalidade em mero processo de execução de decisão de órgão supranacional” (2014, p. 2).³⁶ Na mesma linha, em sua petição de manifestação, o Advogado-Geral da União sustenta que a ADPF afigura-se incognoscível, já que consiste em via inadequada para a execução da sentença proferida pela Corte Interamericana.³⁷

Trata-se, a toda evidência, de pedido estranho às finalidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conforme ressaltam as informações prestadas pela Presidência da República, o autor objetiva utilizar um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade como ação de execução de sentença proferida por órgão internacional (Brasil. Advocacia-Geral da União, 2014, p. 7).³⁸

³⁶ A Presidência avança em sua elaboração, asseverando que “não há dúvidas de que a ADPF é instrumento idôneo para promover a sindicância, sob o ponto de vista da supremacia constitucional, de atos normativos ou não normativos do Poder Público, mas isso **não alcança a desejada execução de sentença** - se é que é exigível nos termos deduzidos na exordial - qualquer que seja a razão da suposta resistência, fatos a que não se referiu, tampouco a que se atribuiu qualquer pecha de inconstitucional” (2014, p. 2, destaque no original). Frise-se que há uma impropriedade técnica no uso do adjetivo “supranacional”, uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos consiste em órgão jurisdicional internacional. Para uma exposição da nomenclatura em questão, cf. Neves (2012, p. 152). A categorização, assumida nesta dissertação, será explicada no tópico 4.1.

³⁷ A Advocacia-Geral da União escreve que “a leitura da exordial denota que, a pretexto de promover o controle de constitucionalidade de suposto ato omissivo do Estado, o autor dirige a essa Suprema Corte pleito genérico de cumprimento de sentença emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (2014, p. 7).

³⁸ E diz mais: “Ainda que assim não fosse, o provimento judicial pretendido pelo arguente sequer teria utilidade, eis que se limitaria a reafirmar as determinações contidas na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual possui aplicabilidade e eficácia imediatas no ordenamento interno brasileiro. Isso porque as sentenças internacionais não carecem, em princípio, de qualquer previsão legal para que produzam efeitos

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, explica que “há carência parcial de viabilidade de iniciativa”, já que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não se presta ao cumprimento de decisões proferidas por tribunais internacionais. Ademais, anota que, “à exceção da matéria criminal (itens 9 e 15, parte final, dos pontos resolutivos da sentença da Corte Interamericana), a ação não traz elementos probatórios mínimos de que ocorra desrespeito ao decidido no processo internacional” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 16). Nessa perspectiva, conclui que o pedido formulado é descabido, sobretudo em razão de o PSOL não proceder a uma separação das determinações exaradas pela Corte Interamericana quanto ao seu estágio de cumprimento pelos órgãos brasileiros.

A questão é tormentosa, porquanto pressupõe a projeção de uma consequência processual (o descabimento, ainda que parcial, da ADPF) à luz de um debate meritório ainda não iniciado: a relação entre as ações de *descumprir* a decisão havida no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e *violar* preceitos fundamentais derivados da Constituição da República. No presente capítulo, é feita uma análise da sentença proferida no caso *Gomes Lund* e de seu estágio atual de cumprimento. Com base nisso, é então demonstrada a razão pela qual a preliminar aventada pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, no sentido da inadmissibilidade completa do pedido de cumprimento da decisão da Corte, não merece prosperar. Por fim, examinam-se as considerações formuladas no parecer da Procuradoria-Geral da República, em que se escreve que a arguição é cabível somente no tocante ao “descumprimento de preceitos fundamentais pela recusa de órgãos do sistema de justiça brasileiro em dar concretude à sentença da Corte Interamericana (...), especificamente ao determinar a responsabilização dos autores de graves violações a direitos fundamentais” (2014, p. 29). A problemática é de ordem processual, mas seu enfrentamento, neste e no próximo capítulo, antecipa a tensão que permeia o suposto sistema de controle simultâneo de constitucionalidade e de convencionalidade dos atos estatais.

Conforme introduzido no capítulo anterior, a mencionada tensão assume, ao menos a partir de 2010, a centralidade do debate relativo à efetivação da justiça de transição no Brasil. Com o acórdão prolatado na ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei nº 6.683/1979, interpretada no sentido de anistiar também as “graves violações de direitos humanos” perpetradas pelos agentes da repressão ditatorial, foi recepcionada pela

internos, eis que prolatadas por órgão judicial integrante de organismo internacional do qual o Estado brasileiro é parte e em face do qual reconheceu expressamente sua jurisdição obrigatória” (2014, p. 7).

Constituição de 1988.³⁹ O julgamento ocorreu nos dias 28 e 29 de abril de 2010. Cerca de sete meses depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exarou decisão em sentido “diametralmente oposto”,⁴⁰ decretando a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por inúmeras violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como resultado de um procedimento deliberativo aberto e transparente, que contou com a apresentação de “escritos de solicitações e argumentos” por parte de algumas entidades, o recolhimento de depoimentos de vítimas, testemunhas e peritos, a realização de audiência pública nos dias 20 e 21 de maio de 2010 e a admissão de oito *amici curiae*,⁴¹ a Corte asseverou, à unanimidade, que

- (a) a Lei da Anistia de 1979 é incompatível com a Convenção Americana, não podendo ser utilizada como obstáculo à investigação das graves violações de direitos humanos ocorridas no contexto da repressão ditatorial brasileira de 1964 e à responsabilização dos agentes do aparato autoritário;
- (b) “o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal” dos atingidos pela repressão à Guerrilha do Araguaia;⁴²

³⁹ Nos termos do voto do Ministro Eros Grau, acompanhado pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, foi julgado improcedente o pedido de interpretação conforme à Constituição da Lei 6.683/1979, formulado na petição inicial apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2010, pp. 12-46). A despeito de preceder a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o acórdão proferido no julgamento da ADPF nº 153 será analisado no próximo capítulo. As razões para essa inversão dizem respeito à lógica de estruturação do argumento defendido nesta dissertação, no sentido da necessidade de revisão da orientação assumida pelo STF.

⁴⁰ Emílio Meyer escreve que “cuidam-se de decisões diametralmente opostas, e buscar-se-á demonstrar a prevalência da última decisão [sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*], avançando, inclusive, para além de uma interpretação mais reducionista da mesma” (2012, p. 3).

⁴¹ É o que relata Emílio Meyer: “No curso do procedimento perante a Corte, participaram como ‘escritos de solicitações e argumentos’ o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortes e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado de São Paulo e o CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Vítimas, testemunhas e peritos apresentaram depoimentos perante um servidor dotado de fé pública que foram recebidos pela Corte (os chamados ‘*affidávits*’). Houve a realização de uma audiência pública nos dias 20 e 21 de maio de 2010. Foram admitidos oito *amici curiae*, entre outras instituições, a Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil; a Associação Juizes para a Democracia; o Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão ‘Democracia e Justiça de Transição’ da Universidade Federal de Uberlândia; e o Grupo de Pesquisa ‘Direito à memória e à verdade e Justiça de Transição’ da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul” (2012, pp. 227-228).

⁴² No parágrafo nº 125 da sentença, a Corte Interamericana identifica os nomes dos atingidos cujos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal foram violados: “Em consideração ao exposto anteriormente, a Corte Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Elisa Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de

- (c) “o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana (...), como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos”;
- (d) o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas e seus familiares, em virtude do não esclarecimento a respeito dos eventos analisados na sentença e da não punição dos agentes responsáveis pelas arbitrariedades cometidas;
- (e) “o Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão (...), pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido”;
- (f) o Estado violou o direito à integridade pessoal dos familiares dos atingidos no contexto da repressão à Guerrilha do Araguaia (2010a, pp. 113-114).

Para o alcance dessas conclusões, a Corte engendra uma reconstrução do autoritarismo brasileiro de 1964, com base em leitura distinta da feita pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse percurso, são inicialmente rejeitadas as quatro exceções preliminares arguidas pelo Estado brasileiro: incompetência temporal da Corte para apreciação dos fatos analisados no procedimento; não esgotamento dos recursos internos; carência de interesse processual da Comissão Interamericana e dos representantes das vítimas; e, posteriormente, impossibilidade de a Corte funcionar como instância de revisão da avaliação feita pelo STF.⁴³ Em seguida, elaboram-se considerações a respeito das violações de direitos humanos cometidas pelo Estado no contexto da repressão à Guerrilha do Araguaia. Especificamente no que respeita à anistia política de 1979, a Corte traz a lume uma gama diversa e extensa de pronunciamentos tomados por órgãos internacionais e nacionais de Estados americanos sobre a impossibilidade de anistiar graves violações de direitos humanos, no marco do Direito Internacionais dos

Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kleber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luíza Augusta Garlippe, Manuel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira (‘Pedro Carretel’), Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa” (2010a, p. 46).

⁴³ Para uma análise crítica das exceções preliminares opostas pelo Estado brasileiro, cf. Meyer (2012, pp. 228-231).

Direitos Humanos. São feitas as seguintes citações: (i) jurisprudência da própria Corte; (ii) orientações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; (iii) manifestações da Secretaria-Geral das Nações Unidas e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; (iv) conclusões plasmadas no Relatório Especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade; (v) declarações oriundas da Conferência Mundial de Direitos Humanos e do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas; (vi) pronunciamentos do Comitê de Direitos Humanos, do Comitê contra a Tortura, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; (vii) decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, da Corte Suprema de Justiça do Chile, do Tribunal Constitucional do Peru, da Suprema Corte de Justiça do Uruguai, da Corte Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte de Justiça da Colômbia (2010a, pp. 54-64). Todas essas instituições, em momentos distintos, se posicionaram contra a legitimidade de anistias a agentes estatais perpetradores de violações de direitos humanos.⁴⁴ Com base nesses precedentes, a Corte reitera seu entendimento no sentido da inadmissibilidade de disposições de anistia, prescrição ou outros excludentes de responsabilidade que visem a elidir a possibilidade de investigação e punição das mencionadas violações, escrevendo que a proibição de práticas como tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados provém do reconhecimento de que os direitos violados com o cometimento de tais crimes são inderrogáveis.⁴⁵

Esses argumentos subsidiam a conclusão de que a interpretação e a aplicação dadas pelo Estado brasileiro à Lei da Anistia de 1979 violam o seu dever de prover a investigação e a punição das infringências ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente em face do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, “do qual Brasil faz parte por decisão soberana” (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010a, p. 54). Nas palavras da própria Corte,

a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (...) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e

⁴⁴ A Corte Interamericana assevera que “todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações” (2010a, p. 64).

⁴⁵ Além da sentença no caso *Gomes Lund*, cumpre também mencionar as decisões tomadas pela Corte nos casos *Barrios Altos vs. Peru* (2001), *La Cantuta vs. Peru* (2006a) e de *La Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (2009).

violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana (2010a, p. 66).

Não se pode perder de vista que os Estados signatários da Convenção Americana arrogam a si o dever de tomar todas as medidas necessárias à realização dos direitos consagrados no documento, especialmente no que tange à adequação das disposições de seu direito interno.⁴⁶ O artigo 1.1 expressa o compromisso assumido pelas ordens estatais de respeitar os direitos reconhecidos no tratado e “garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma”, inclusive por motivo de opiniões políticas. Com base nisso e no que dispõe o artigo 2º, as obrigações de garantir proteção judicial, conforme estabelece o artigo 25, e de concretizar as garantias judiciais previstas no artigo 8º não podem ser adimplidas frente ao entrave da anistia política, a qual consubstancia uma exceção prévia, geral e discriminatória à lógica da reação a violações gravosas e reiteradas de direitos humanos. Ademais, considerando que as violências cometidas por um Estado autoritário contra os movimentos civis de resistência correspondem, em regra, a abusos atentatórios em face da personalidade jurídica, da vida, da integridade pessoal, da liberdade pessoal, das liberdades de pensamento e de expressão e dos direitos políticos dos jurisdicionados, não há dúvidas de que a condescendência institucional para com os prepostos estatais na prática de tais abusos representa, ela própria, uma afronta de elevada gravidade aos artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 13 e 23 da Convenção Americana. Portanto, a incompatibilidade da anistia de graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional dos Direitos Humanos é irrefutável.

No caso brasileiro, a aplicação contínua da Lei 6.683 ao tratamento da violência repressiva sustentada pela ditadura de 1964 importa em transgressão dos deveres assumidos pelo Estado com a sua adesão à Convenção. De maneira muito clara, a anistia leva à desproteção das vítimas e de seus familiares, resultando na afirmação e na consequente perpetuação da impunidade. Além disso, é evidente que a impossibilidade de averiguação efetiva das violações e de responsabilização dos agentes envolvidos significa falta de

⁴⁶ Cuida-se de dever expressamente previsto no artigo 2º da Convenção, que estabelece que, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

transparência, ausência de comprometimento com a democracia e carência de reconhecimento dos sujeitos cujos direitos foram desrespeitados. Nesses termos, “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” (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010a, p. 65).⁴⁷ Acrescente-se que a incompatibilidade citada não deriva apenas do caráter de autoanistia da manobra engendrada pelo Governo brasileiro em 1979, mas sobretudo do conteúdo do ato. Em outras palavras, a Corte Interamericana, “mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar” (2010a, p. 65).

É certo que os órgãos do Estado estão vinculados ao cumprimento de seu ordenamento, mas é igualmente inequívoco que a incorporação de um tratado de direitos humanos implica a assunção dos ditames internacionais como parte do direito interno. Na verdade, a própria distinção entre um direito *de dentro* e um direito *de fora* faz pouco sentido no caso concreto, na medida em que as disposições da Convenção Americana adquiriram completa executoriedade em seguida à sua internalização pelo sistema nacional. Isso não significa assumir uma perspectiva monista. Como pano de fundo, a constatação da necessidade de reformulação da dicotomia entre direito interno e direito internacional permite a problematização de uma série de supostos, muitos deles travestidos em elaborações científicas. No capítulo 4, essa dicotomia é revisada, com vistas inclusive ao enfrentamento das dificuldades decorrentes do reconhecimento das normas de *jus cogens*. Por enquanto, basta observar que, em sua sentença, a Corte Interamericana concebe as disposições da Convenção Americana como comandos integrantes do sistema jurídico brasileiro. Assim, a realização do controle de convencionalidade da Lei da Anistia – tarefa que, apesar de negligenciada, incumbia também ao Supremo Tribunal Federal⁴⁸ – traduz uma atividade fiscalizatória que tem como escopo a tutela de um direito adotado e praticado pelo Brasil.

⁴⁷ A Corte avança, afirmando que, “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” (2010a, p. 65).

⁴⁸ O diagnóstico e a crítica a esse respeito constam da decisão da Corte Interamericana: “No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade

Com assento nessas e em outras premissas, a Corte declara a responsabilidade do Estado brasileiro por violações a inúmeros direitos previstos na Convenção Americana.⁴⁹ Como formas de reparação, são estipuladas indenizações de ordem pecuniária, providências de caráter simbólico e medidas voltadas à efetivação da verdade e à preservação da memória. Mas isso não é só. Conforme assinalado anteriormente, do ponto resolutivo nº 9 consta a determinação de que o país conduza, de maneira eficaz, a verificação das graves violações de direitos humanos cometidas no contexto do autoritarismo civil-militar, bem como encaminhe, quando cabível, a responsabilização dos agentes públicos envolvidos em tais violações (2010a, p. 114). Nesse processo, a teor do que dispõe o ponto resolutivo nº 3, também já mencionado nesta dissertação, as disposições da Lei 6.683/1979 “não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos (...), nem para a identificação e punição dos responsáveis (...)” (2010a, p. 113).

Para cumprir a sentença prolatada no caso *Gomes Lund*, ao Estado brasileiro cabe adotar as medidas necessárias à apuração das violações de direitos humanos e à punição dos responsáveis. Não obstante isso, o Poder Judiciário tem insistentemente se furtado a dar efetivo cumprimento à decisão da Corte, demonstrando uma visão reducionista, maniqueísta e dualista com relação à inserção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro. As palavras do Ministro Nelson Jobim, na esteira da declaração feita pelo Ministro Cezar Peluso, são uma tradução fiel dessa maneira de enxergar o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: “a decisão [da Corte Interamericana] é meramente política e sem efeito jurídico. O processo de transição no Brasil é pacífico, com histórico de superação de regimes, não de conflito” (Jobim *apud* Mazzuoli; Gomes, 2011, p. 51). Seguindo essa lógica,

A sentença da Corte Interamericana valeria (...) “só no plano moral”, “só no plano internacional”, “só no campo da convencionalidade”, “só no plano político”, etc. Racharam o direito brasileiro ao meio (como se isso fosse, hoje, possível): direito nacional de um lado (em que o STF reina de forma absoluta) e o direito internacional de outro (aparentemente alheio à nossa brasilidade). Este último seria um ordenamento jurídico alegórico, retrato de uma simples carta de esperança, um

internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno” (2010a, pp. 65-66). Em anotação sobre o assunto, Emílio Meyer pontua que “o STF desconsiderou a normativa internacional à qual o Brasil se submete. Violou, portanto, a cláusula *pacta sunt servanda*, que requer que os Estados devem cumprir suas convencionais de boa-fé” (2012, p. 239).

⁴⁹ Em um apanhado geral, o Brasil é responsabilizado, em conjunturas variadas de fundo, por violações aos artigos 1.1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 25, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

conjunto de regras somente políticas ou somente morais, sem a força coativa do direito (Mazzuoli e Gomes, 2011, p. 52).⁵⁰

Assumindo um ponto de vista contrário ao prisma de leitura adotado pelo Ministro Jobim, a presente dissertação busca reconstruir o espaço decisório ocupado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo de realização do Estado Democrático de Direito no Brasil.⁵¹ Com isso em vista, o pedido de cumprimento das determinações da decisão no caso *Gomes Lund*, formulado pelo PSOL na petição inicial da ADPF nº 320, só pode ser analisado adequadamente se submetido a uma avaliação consciente da abrangência e da seletividade do sistema interno de controle judicial de constitucionalidade dos atos estatais.

2.2 O cumprimento da sentença da Corte Interamericana

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos consiste em uma instância diversificada de realização do Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina. Na perspectiva dessa realização, a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, não pode constituir um ato de mero simbolismo internacional, devendo importar no reconhecimento de que o Estado é responsável pela proteção e pela potencialização, tanto interna quanto externamente, dos direitos consagrados no tratado. Como atesta André de Carvalho Ramos, “já não há lugar para a tradicional postura do Estado na matéria: ratificar os tratados (...) e continuar permitindo violações dos direitos protegidos em seu território ou, ainda, postergar medidas duras de reforma de legislações e de instituições para promover e garantir [esses direitos]” (2005, p. 54). No caso brasileiro, a incorporação da Convenção Americana ao sistema jurídico implica a elevação do Estado a uma posição de aderência ao modelo global de consagração da dignidade humana e de comprometimento constituinte (e, por conseguinte, constitucional) com a primazia dos direitos básicos do homem e do cidadão.⁵²

⁵⁰ Em perspectiva crítica, os autores salientam, na contramão das posturas externadas pelos Ministros citados, que “a premissa (e preocupação) primeira de todos os tratados de direitos humanos é a seguinte: todas as violações de direitos das vítimas, quando não amparadas pelo Judiciário local, nacional, podem e devem ser apreciadas pelo sistema interamericano de direitos humanos” (2011, p. 52).

⁵¹ No capítulo 5 deste trabalho, é feita uma análise crítica do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do *status* normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como da eficácia vinculante das decisões exaradas pela Corte Interamericana, em sua inserção na estrutura jurisdicional do ordenamento brasileiro.

⁵² Jeremy Waldron encara a dispersão jurídico-moral da noção de dignidade humana como consequência da adesão a um projeto de universalização do *status* privilegiado tradicionalmente atribuído aos setores sociais dominantes. Tal projeto, de projeção iluminista mas cujas origens remontam à civilização romana, baseia-se ao mesmo tempo na assunção de uma posição social, política e jurídica de elevação e distinção e na garantia da difusão dessa posição a todas as pessoas, sem qualquer distinção. “Todo homem um duque, toda mulher uma rainha, todos merecedores de deferência e consideração, toda pessoa e todo corpo sacrossantos, da maneira como

A efetivação dos direitos humanos no âmbito interno perpassa por uma série de providências e reformas indispensáveis à preservação das conquistas e à garantia da superação (não apenas formal) dos abusos pregressos. Em uma conjuntura de transição do autoritarismo para a democracia, o aperfeiçoamento das instituições político-administrativas e a renovação do sistema de justiça consistem em etapas de importância.⁵³ É preciso adequar o ordenamento jurídico nacional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a viabilizar a consagração dos direitos e a consolidação dos deveres reconhecidos pela normativa internacional. A esse respeito, Antônio Augusto Cançado Trindade apresenta a seguinte lição:

Os Estados Partes em tratados de direitos humanos encontram-se, em suma, obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as supostas vítimas de violações dos direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais. Esta obrigação adicional opera como uma salvaguarda contra eventuais denegações de justiça, ou atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais na administração da justiça. Com isto ao menos ficam impedidos os governos dos Estados Partes de obstruir ações ante os tribunais nacionais (no processo de esgotamento de recursos de direito interno) para obter reparação de danos resultantes de violações dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (2003b, p. 536).

E avança, afirmando que

(...) uma das principais funções da operação dos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos reside precisamente em seus efeitos no direito interno. Ainda que voltada à solução de casos individuais de direitos humanos, a aplicação desses tratados e instrumentos tem transcendido as circunstâncias desses casos, por vezes acarretando modificações nas práticas administrativas e leis nacionais. Mesmo que se argumente que a tarefa dos órgãos de supervisão internacional é antes a de remediar violações individuais de direitos humanos do que impugnar leis internas (...), não há como negar que por vezes a própria reparação das violações individuais requer mudanças nas práticas administrativas e leis nacionais. A prática internacional (...) está repleta de casos em que tais mudanças efetivamente ocorreram, consoante as decisões dos órgãos de supervisão internacionais nos casos individuais (2003b, pp. 536-537).

A responsabilização civil e criminal de agentes do Estado ditatorial pelas violações de direitos humanos ocorridas no passado depende do cumprimento dessa adequação. À luz das diretrizes estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua jurisprudência, reparações de cunho simbólico devem se somar às exigências de implementação de políticas de educação em direitos humanos e de prevenção de futuros

os nobres se atribuíam deferência, ou como o vilipêndio à pessoa ou ao corpo de um rei era visto como um sacrilégio” (2012a, p. 34, tradução livre). No original: “Every man a duke, every woman a queen, everyone entitled to the sort of deference and consideration, everyone’s person and body sacrosanct, in the way that nobles were entitled to deference or in the way that an assault upon the body or the person of a king was regarded as sacrilege”. Para um panorama geral da construção do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana no direito internacional e no direito constitucional contemporâneos, à luz da “jurisprudência mundial”, cf. Barroso (2013).

⁵³ Sobre a relevância das reformas institucionais para a construção do Estado Democrático de Direito, cf., por todos, Cattoni de Oliveira e Meyer (2014, pp. 27-32) e Piovesan (2014, pp. 643-670).

abusos, bem como de institucionalização de um aparato de punição dos responsáveis pelas transgressões, observado o devido processo legal. Essas medidas visam igualmente a “reafirmar a dignidade e os direitos das vítimas e prevenir a ocorrência de crimes futuros, proporcionando um presente e futuro mais pacíficos” (Cattoni de Oliveira; Meyer, 2014, p. 23).

A sentença proferida pela Corte no julgamento do caso *Gomes Lund* incorpora essa abordagem, assumindo como interdependentes as determinações impostas ao Brasil. Entre outras medidas, o Estado foi condenado a empreender as buscas necessárias à determinação do paradeiro das vítimas desaparecidas, prover tratamento médico e psicológico aos atingidos, realizar uma série de publicações, promover um ato público de reconhecimento das responsabilidades atribuídas na decisão, pagar indenizações, tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, desenvolver um trabalho de sistematização a respeito da repressão à Guerrilha do Araguaia e dar continuidade aos programas públicos de capacitação em matéria de direitos humanos, estendendo-os às Forças Armadas. Isso demonstra que o cumprimento dos direitos humanos exige múltiplos enfoques, de forma a garantir que a experiência alcance os agentes perpetradores, as vítimas, as instituições estatais e a sociedade, sem se restringir à visão de qualquer um deles.

Para os fins pretendidos nesta dissertação, as determinações sentenciais de maior relevância são as de nº 3 e 9:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

(...)

9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença (2010a, pp. 113-114).

Em acréscimo, o ponto resolutivo de nº 15, embora diga respeito a determinação de ordem distinta (obrigação de tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas), dispõe, na segunda parte de seu texto, que, “enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno” (2010a, p. 115).

Pronunciado o ato decisório, a Corte Interamericana passa a supervisionar o cumprimento das determinações impostas ao Estado. Trata-se de função jurisdicional que decorre da máxima, prevista no artigo 68.1 da Convenção, de que os Estados-membros “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Além disso, o artigo 33 estabelece que a Corte é competente “para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção”; segundo o artigo 62.3, “a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido”; e, por fim, o artigo 65 estipula que “a Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior”, indicando “os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

Na resolução de supervisão de cumprimento da sentença no caso *Gomes Lund*, datada de 17 de outubro de 2014, a Corte inicialmente assevera que a exigência de efetivar a Convenção Americana importa, na espécie, no dever de cumprir as suas determinações decisórias. Tais obrigações “vinculam todos os poderes e órgãos do Estado” (2014, p. 3). Nesse sentido, as tarefas elencadas no pronunciamento feito pela Corte não traduzem ações de responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, estendendo-se às searas judicial e legislativa. Assim, cumpre ao Parlamento e aos tribunais assimilar que a incumbência de materializar os direitos humanos não é atribuída a uma ou outra instituição isolada, mas à totalidade do aparelho estatal.

No que tange à ordem de condução, de forma eficaz e em prazo razoável, das investigações e responsabilizações criminais, a Corte principia trazendo à baila o informe fornecido pelo Brasil, com o qual é noticiada a instauração de dois procedimentos penais sobre os fatos relativos à Guerrilha do Araguaia e outros seis a respeito de violações cometidas durante a ditadura de 1964. Segundo consta da Resolução, o Estado brasileiro ressaltou que “a mera existência da Lei de Anistia não impede a investigação e a interposição de ações penais”, o que estaria evidenciado “nas oito ações penais propostas, nas quais a persecução penal (...) está se desenvolvendo sob a concepção de que os institutos da anistia e da prescrição não são aplicáveis a crimes contra a humanidade” (2014, p. 4). Os representantes das vítimas, por outro lado, “expressaram que o Estado ainda não deu pleno e integral cumprimento a este ponto resolutivo da Sentença”, especialmente pelo fato de que “os membros do Poder Judiciário, tanto em primeira instância como em instâncias superiores, continuam aplicando a Lei de Anistia e o instituto da prescrição como obstáculo à

investigação das graves violações de direitos humanos” (2014, pp. 4-5). Por fim, de acordo com o relatado, a Comissão Interamericana sustentou que o ponto resolutivo em questão não foi sequer parcialmente cumprido.

Em suas considerações, a Corte Interamericana dissecou o andamento de duas ações penais ajuizadas durante o estágio de cumprimento da sentença: as de nº 1162-79.2012.4.01.3901 e 4334-29.2012.4.01.3901, ambas propostas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal em Marabá/PA. Apesar de terem sido proferidas decisões em observância das diretrizes fixadas no julgamento do caso *Gomes Lund*, a Corte pondera que os dois feitos se encontram paralisados, em virtude de pronunciamentos judiciais favoráveis aos réus em sede de *habeas corpus*. Isso evidencia que a interpretação da Lei da Anistia pelo Poder Judiciário é predominantemente contrária à orientação internacional. Os juízes e tribunais brasileiros demonstram desconhecer a decisão da Corte e o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

Essas decisões judiciais, fundamentadas nesta decisão do Supremo Tribunal Federal [ADPF 153] e proferidas durante a etapa de supervisão de cumprimento da Sentença do *Caso Gomes Lund e outros*, desconhecem os alcances do decidido pela Corte (...) e os parâmetros interamericanos em matéria de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos.
(...).

A Corte considera que, no marco das referidas ações penais iniciadas por fatos do presente caso, foram proferidas decisões judiciais que interpretam e aplicam a Lei de Anistia do Brasil de uma forma que continua comprometendo a responsabilidade internacional do Estado e perpetua a impunidade de graves violações de direitos humanos, em claro desconhecimento do decidido por esta Corte e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, pp. 10-11).

Em acréscimo, a Corte escreve que os órgãos judiciais têm o dever de realizar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em todo e qualquer caso. Ao final, reforça o caráter permanente do delito de desaparecimento forçado de pessoas, bem como a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade ocorridos no contexto do autoritarismo brasileiro. É importante notar que, embora a expressão “crimes contra a humanidade” não apareça na sentença do caso *Gomes Lund*, à exceção do voto fundamentado do então juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, a terminologia passa a ser empregada na resolução de supervisão de cumprimento. Em referência a excerto da decisão prolatada no caso *Gelman vs. Uruguay*, a Corte lembra que “a imprescritibilidade (...) é uma das únicas maneiras que a sociedade internacional encontrou para não deixar na impunidade os mais atrozes crimes cometidos no passado, que afetam a consciência de toda a *humanidade* e são transmitidos por gerações” (2014, p. 11, destaques nossos; 2013). Por fim, a Corte reconhece os esforços

empreendidos pelo Ministério Público Federal em prol do cumprimento da determinação internacional, mas os considera

infrutíferos em razão da posição de determinadas autoridades judiciais com respeito à interpretação da Lei de Anistia, à prescrição e à falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado. De acordo com o Direito Internacional, que foi soberanamente aceito pelo Estado, é inaceitável que, uma vez que a Corte Interamericana tenha proferido uma Sentença, o direito interno ou suas autoridades pretendam deixá-la sem efeitos. Portanto, o Brasil não pode opor decisões adotadas no âmbito interno como justificativa de seu descumprimento da sentença proferida por este tribunal internacional de direitos humanos, nem sequer quando tais decisões provenham do tribunal da mais alta hierarquia no ordenamento jurídico nacional. Independentemente das interpretações que se realizem no âmbito interno, a Sentença proferida pela Corte Interamericana neste caso tem caráter de coisa julgada internacional e é vinculante em sua totalidade (2014, p. 12).

À guisa de conclusão, assevera que a obrigação de proceder à investigação criminal dos fatos e à punição dos responsáveis afigura-se pendente de cumprimento. Essa mesma constatação embasa a manifestação apresentada pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF nº 320. A teor do parecer, órgãos do sistema de justiça brasileiro têm criado entraves recorrentes à persecução penal de agentes da repressão autoritária, não pela inexistência de lei interpretativa, mas pela dificuldade de reconhecimento do efeito vinculante da decisão no caso *Gomes Lund*. Para comprovar esse desrespeito, são transcritos trechos dos seguintes pronunciamentos judiciais: (a) “decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 0068063-92.2012.4.01.0000/PA”; (b) “decisão da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro de rejeição da denúncia na ação penal 0801434-65.2013.4.02.5101”; (c) “decisão da 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo de rejeição da denúncia no processo 0004204-32.2012.4.03.6181, em 22 de maio de 2012”; (d) “decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no recurso em sentido estrito 0004204-32.2012.4.03.6181/SP”; (e) “decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no HC 0005684-20.2014.4.02.0000” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, pp. 23-25).⁵⁴ Em vista disso, o Procurador sustenta o descumprimento da sentença da Corte Interamericana, deixando uma importante consideração, crucial para o problema enfrentado no tópico seguinte:

órgãos judiciais do Estado brasileiro efetivamente erguem obstáculos concretos à persecução penal, não propriamente por ausência de lei interpretativa, como afirma a

⁵⁴ Em seu memorial de *amicus curiae*, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE e o Centro de Estudos sobre Justiça de Transição – CJT, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, fazem alusão à ação penal nº 0016351-22.2014.4.03.6181, “que visava estabelecer a responsabilidade criminal dos supostamente envolvidos na morte e tortura de Hélcio Pereira Fortes, em contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil” (2015, p. 5). Segundo consta da manifestação, a juíza federal Andréia Silva Sarney Costa Moruzzi reconheceu a extinção da punibilidade à luz da anistia de 1979, em afronta ao estipulado na sentença da Corte Interamericana.

inicial. O que se verifica é o não reconhecimento do efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND por “interpretações judiciais que se antagonizam em torno do alcance que se deve dar, à luz dos grandes postulados constitucionais”, ao art. 1º da Lei 6.683/1979, aos preceitos concernentes à imprescritibilidade penal, à caracterização do desaparecimento forçado de pessoas e à existência de coisa julgada – diante da sentença internacional válida e vinculante para as autoridades e órgãos do país (2014, p. 22).

2.3 Controvérsia constitucional relevante na ADPF nº 320

Para apreciar a preliminar de descabimento da ADPF nº 320, a respeito da inadequação do instrumento para a execução da sentença proferida pela Corte Interamericana, é preciso inicialmente perquirir a delimitação do objeto de controle realizado em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa perquirição se mostra relevante, porque a fluidez do regramento sobre o assunto permite uma multiplicidade de orientações.⁵⁵

A Constituição da República é sucinta a esse respeito, já que prescreve, em seu artigo 102, §1º, simplesmente que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. A leitura do dispositivo possibilita a verificação de três elementos: (i) a existência do instrumento, que consiste em uma arguição destinada ao combate do descumprimento de preceitos constitucionais de natureza fundamental; (ii) a competência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação dessa arguição; e (iii) a competência do legislador infraconstitucional para a definição da forma como a arguição será processada e julgada. Tendo isso em vista, o Congresso Nacional editou, em 03 de dezembro de 1999, a Lei nº 9.882, cujo artigo 1º dispõe que a ADPF “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.⁵⁶ À primeira vista, a expressão “ato do Poder Público” é abrangente, compreendendo inúmeras possíveis manifestações estatais, tanto comissivas quanto omissivas. Tal abrangência possui, no sistema de controle por via principal, uma razão de ser, “uma vez que questões, até então excluídas de apreciação (...), [passaram a ser] objeto de exame no âmbito do novo procedimento” (Mendes, 2011, p. 37).⁵⁷

No tocante ao pedido de cumprimento da decisão exarada pela Corte Interamericana, a indagação que se coloca tem que ver, em um primeiro momento, com a admissibilidade de

⁵⁵ Para um apanhado dessa multiplicidade, cf. Fernandes (2014, pp. 1.191-1.192), Barroso (2011, pp. 323-332) e Mendes (2011, pp. 113-148).

⁵⁶ Destaque-se que, ao se utilizar da palavra “objeto”, o legislador infraconstitucional confunde, de maneira atécnica, a finalidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”) com o objeto propriamente dito (“ato do Poder Público”). No controle de constitucionalidade, o *objeto* designa sempre o ato controlado, submetido à fiscalização à luz de um *parâmetro* normativo de hierarquia constitucional.

⁵⁷ Para um exame das origens da ADPF no direito brasileiro e de sua evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. Mendes (2011, pp. 19-112).

um controle da omissão do Poder Público via ADPF. Lida adequadamente, a referência feita pelo artigo 1º da Lei 9.882 a “ato do Poder Público” inclui, no perímetro do objeto da arguição, também a inércia do Estado, desde que esta consubstancie um descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição da República. As hipóteses abstratas são inúmeras. É que, em virtude dos muitos direcionamentos e programas lançados pelo Constituinte de 1988,⁵⁸ há várias possíveis condutas omissivas do Poder Público capazes de violar um preceito fundamental.

Porém, tal conclusão depende de um esclarecimento do conceito de preceito fundamental. Portanto, para além da delimitação do objeto de controle, um segundo estágio de verificação do cabimento da ADPF nº 320 respeita à definição do parâmetro de fiscalização. Não se trata de empreitada simplória, já que “nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução ‘preceito fundamental’, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência” (Barroso, 2011, p. 305). Todavia, não obstante a defesa de que, em virtude da unidade da Constituição, não há preceitos fundamentais isolados, o que predomina é a perspectiva de que nem todas as normas formalmente constitucionais compõem a categoria (Fernandes, 2014, p. 1.188). Para a corrente majoritária, os preceitos fundamentais “devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal” (Fernandes, 2014, p. 1.188).⁵⁹ Assim, embora todo dispositivo constitucional corresponda a um preceito de relevância, a fórmula “preceito fundamental”, a teor do artigo 102, §1º, revela uma divisão específica, porquanto expressa referenciais dotados de credencial própria.

Uma análise do sistema de controle em operação permite desvendar alguns consensos a respeito de grupos de preceitos fundamentais: os direitos e garantias individuais (artigo 5º), os limites materiais ao poder constituinte derivado (artigo 60, §4º) e os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, inciso VII) (Fernandes, 2014, pp. 1.188-1.189; Mendes, 2011, pp. 148-152).⁶⁰ De acordo com a doutrina e a jurisprudência que sustentam esses

⁵⁸ Em anotação sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Luís Roberto Barroso pontua que “a fiscalização das omissões constitucionais assume maior destaque nos sistemas baseados em constituições compromissórias e dirigentes. É o caso da Constituição brasileira, que, mais do que organizar e limitar o poder político, institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos, muitas vezes carentes de densificação” (2011, p. 272).

⁵⁹ Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, os preceitos fundamentais consistem em “normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal”, traduzindo “matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional” (2014, p. 1.188).

⁶⁰ No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso escreve que “a locução preceito fundamental (...) descreve um conjunto de disposições constitucionais que, embora não conte com uma definição precisa, certamente inclui as decisões sobre a estrutura básica do Estado, o catálogo de direitos fundamentais e os chamados princípios sensíveis” (2011, p. 307). No julgamento da ADPF nº 33, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, pontua em seu

consensos, o caráter fundamental dos preceitos elencados decorre da configuração do sistema constitucional, cuja organização eleva as referidas disposições à centralidade do projeto constituinte. No entanto, a tradução desses preceitos corresponde a conceitos indeterminados, os quais são submetidos não apenas a disputas interpretativas constantes, mas a um processo tenso de evolução hermenêutico-social. O significado dos direitos fundamentais, dos princípios que norteiam a edificação do Estado e das diretrizes que embasam a limitação do poder político está aberto a uma reconstrução inesgotável. Por isso, não se pode dissociar o texto da Constituição de seu contexto.

Essa percepção adquire uma importância ainda maior quando se tem em mente a densificação que a própria Constituição realiza a respeito de sua proposta básica. Em alusão ao artigo 79, III, da Lei Fundamental de Bonn,⁶¹ Brun-Otto Bryde assevera que as dificuldades de delimitação dos preceitos fundamentais

Residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, eles próprio, os princípios básicos de sua obra (Bryde *apud* Mendes, 2011, p. 149).

Nesses termos, não se pode restringir o caráter fundamental dos preceitos da Constituição da República às suas arestas textuais, já que o constituinte cuidou ele mesmo de encaminhar, por outros comandos, a significação dos direitos fundamentais e das decisões políticas estruturantes da República e do Estado Democrático de Direito. Também em referência à lição de Bryde, Gilmar Mendes pontua o seguinte:

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...).

voto que, apesar da dificuldade de precisar o alcance da categoria, “ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (artigo 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do artigo 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (artigo 34, VII)” (2005, p. 5).

⁶¹ O artigo 79, III, da Lei Fundamental de Bonn traduz a cláusula pétrea da ordem constitucional alemã, porquanto estabelece que “é vedada a reforma constitucional que implicar alteração na divisão da Federação em Estados, na participação dos Estados no processo legislativo e nos preceitos inscritos nos artigos 1º e 20 desta Constituição”. No original: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig”.

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, *mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio* (2011, pp. 151-152, destaque nosso).

Em outras palavras, o catálogo aparente de preceitos centrais é não exaustivo, uma vez que depende de muitas disposições constitucionais. O problema está na determinação da essencialidade dessas disposições, já que “não será difícil reconduzir argumentativamente qualquer discussão jurídica a alguma das matérias listadas (...) no rol de preceitos fundamentais, ainda que de forma indireta ou remota” (Barroso, 2011, p. 306). Para que se evite o esvaziamento do potencial dialógico da ADPF, é preciso que esse elemento seja definido com precisão. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso sugere três parâmetros para a aferição da possibilidade de utilização do mecanismo: (i) o descumprimento aduzido deve “interferir com a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental”, pois não basta que se argua a mera inobservância de algum princípio decorrente da Constituição; (ii) “a questão não pode depender da definição prévia de fatos controvertidos”, visto que a ADPF não se presta ao acertamento de controvérsias acerca da ocorrência e/ou dimensão de situações fáticas; e (iii) “a resolução da questão controvertida não pode depender da mera interpretação do sistema infraconstitucional” (2011, pp. 307-309).

No que respeita à ADPF nº 320, tanto a máxima de prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pela República brasileira (artigo 4º, inciso II) quanto o postulado de que o país “propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (art 7º do ADCT) traduzem canalizações registradas pelo constituinte em prol de seus objetivos centrais, assumindo, elas próprias, a qualidade de preceitos fundamentais. Nessa leitura, duas das três exigências mencionadas são automaticamente preenchidas, já que, de um lado, o descumprimento da sentença internacional implica o desvirtuamento do conteúdo e do alcance da eficácia vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, de outro, a resolução do problema independe de interpretação do regime infraconstitucional. Com relação ao segundo requisito, o problema tematizado na ADPF nº 320 não exige, a princípio, uma “definição prévia de fatos controvertidos”. Não se afirma, com isso, que a análise da conjuntura na qual a questão jurídica se insere seja desnecessária para o encaminhamento da arguição. Contudo, lida à sua melhor luz, o que a exigência prescreve é a inadmissibilidade da ADPF cuja *questão* dependa de um acertamento fático

anterior, isto é, cuja indagação central não diga respeito a uma suposição fática, mas a uma dúvida. A toda evidência, não é esse o caso da ADPF nº 320.

Partindo-se das premissas assumidas até aqui, as omissões das instituições constituídas face às determinações da sentença no caso *Gomes Lund* afiguram-se impugnáveis via arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso, porém, não basta. É preciso indagar em que medida essas omissões se mostram traduzíveis por uma ação de controle de constitucionalidade por via principal, ajuizável perante o Supremo Tribunal Federal. Face ao pedido inicial examinado neste capítulo, com o qual o PSOL pugna pelo cumprimento dos pontos resolutivos da decisão da Corte Interamericana, o problema toma uma proporção singular, já que está claro que, na fiscalização por ação principal, não há espaço para execuções diretas de decisões judiciais, nacionais ou internacionais. Deve haver um tema-problema, uma questão jurídica cuja definição, à luz dos preceitos constitucionais, merece a atenção do Tribunal Constitucional.

No subtópico inicial de seu parecer, o Procurador-Geral da República busca delimitar o petitório da arguição. Nesse íterim, identifica como tutelas requeridas pelo PSOL: (a) declaração de inaplicabilidade da Lei 6.683/1979 às graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da repressão ditatorial; (b) declaração de inaplicabilidade da Lei 6.683/1979 aos crimes permanentes, em especial os desaparecimentos forçados (no direito brasileiro, sobretudo os tipos penais de ocultação de cadáver e sequestro); (c) condenação do Estado brasileiro ao cumprimento dos pontos decisórios constantes da sentença proferida pela Corte Interamericana. No que toca ao item (c), o rol extenso de pontos decisórios torna igualmente extenso o campo de possibilidades de descumprimento. É preciso perceber que as eventuais omissões cometidas pelos órgãos públicos brasileiros são muito distintas umas das outras. Da mesma forma, os veículos de tratamento oferecidos pelo ordenamento jurídico não são os mesmos, havendo espaços e canais distintos para a judicialização das diferentes questões.

Tendo isso em vista, a Procuradoria-Geral da República rechaça a arguição das omissões não judiciais, ao entendimento de que o PSOL “não traz elementos probatórios mínimos de que ocorra desrespeito ao decidido no processo internacional e, portanto, mesmo em tese, a preceitos fundamentais da Constituição da República” (2014, p. 16).⁶² Todavia,

⁶² Em desdobramento, o Procurador afirma que “refere a petição inicial como elemento de prova da alegação apenas que o Ministério Público Federal produziu relatório explicitando dificuldades para implementar a persecução criminal. Para os demais aspectos, há tão somente referência ao inconcluso trâmite de processos legislativos e à falta de localização de restos mortais de desaparecidos políticos. Assiste razão à Advocacia-Geral da União, quando sublinha o fato de que a inicial não indica em que consistiu o alegado descumprimento das

com base em um diagnóstico de desrespeito sistêmico à sentença da Corte Interamericana pelo Poder Judiciário brasileiro, a Procuradoria esclarece que o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento das arguições nº 33, 144 e 187, que a interpretação judicial passível de lesionar preceito fundamental consiste em objeto possível da ADPF. Por essa razão, a ADPF nº 320 seria cabível na modalidade “incidental”, em vista da “controvérsia constitucional relevante” que permeia a realidade forense nacional, e na medida em que o requerente pretende desvelar o “descumprimento de preceitos fundamentais pela recusa de órgãos do sistema de justiça brasileiro em dar concretude à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 29).

Bernardo Gonçalves Fernandes esclarece que o nome “incidental”, embora de técnica duvidosa, se justifica pelo fato de a arguição se originar de um debate composto nos incidentes em sede de controle difuso de constitucionalidade (2014, pp. 1.188-1.190). “Nesses termos, o que temos e o que foi pensado pelo legislador, na verdade, é a busca por uma antecipação de etapas” (Fernandes, 2014, p. 1.189), no sentido de um “atalho” que permita aos legitimados levar ao Supremo a controvérsia que atormenta as esferas inferiores da jurisdição. Assim, a ADPF incidental se presta sobretudo à salvaguarda da segurança jurídica, ou, em outras palavras, à remediação da insegurança gerada por uma conjuntura de orientações jurisdicionais díspares.

Quanto à previsão legal, vê-se que a hipótese de cabimento decorre do estipulado pelo inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, de acordo com o qual caberá também a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Observa-se que, diferentemente do que dispõe o *caput* do dispositivo – o qual, conforme já mencionado, faz referência a “ato do Poder Público” –, a previsão da arguição incidental é mais rigorosa, uma vez que restringe o debate de fundo a atos *normativos*. Na ADPF nº 320, o ato normativo cuja aplicação tem gerado discussão é, por óbvio, a Lei 6.683/1979.

obrigações de fazer de natureza não criminal. Adequada identificação dos atos impugnados é essencial ao juízo acerca do cabimento da ADPF e do objeto da tutela jurisdicional, de modo que, sem especificação, pelo autor, dos atos e omissões atribuídos ao poder público, não é possível a delimitação do objeto da lide. Por esse motivo, não comporta conhecimento o pedido cumulativo genérico veiculado a fl. 14 da inicial, consistente na determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, de que ‘todos os órgãos do Estado brasileiro deem cumprimento integral’ aos pontos decisórios da sentença do caso GOMES LUND” (2014, p. 16).

Ademais, a controvérsia constitucional deve ser *relevante*, o que implica assumir que nem toda discussão judicial a respeito de preceitos constitucionais fundamentais tem o condão de embasar o manejo da ADPF na modalidade em questão.⁶³ Segundo Luís Roberto Barroso,

Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético. Por vezes, a reparação imediata de uma injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva (2011, p. 318).

Não há dúvidas de que o tema-problema que embasa a ADPF nº 320 é da maior relevância para a sociedade e o Estado brasileiros, transcendendo “o interesse das partes do litígio”, tanto pelo “número expressivo de processos análogos” quanto “pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão”. No que respeita aos “processos análogos”, a Procuradoria-Geral da República introduziu em seu parecer uma lista de feitos judiciais nos quais foram proferidas decisões em contrariedade aos ditames da sentença da Corte Interamericana. Além das cinco ações mencionadas no parágrafo final do tópico 2.2, o Procurador também traz à baila outros seis procedimentos nos quais as denúncias formuladas contra agentes da ditadura de 1964 foram recebidas pela Justiça Federal (2014, pp. 27-28). Ademais, não se pode perder de vista, na esteira do que se pretende sustentar ao longo de todo este trabalho, que a questão da incompatibilidade da anistia de 1979 com a Constituição de 1988 é fundamental para a compreensão adequada do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito no Brasil. Por isso, a problemática discutida na arguição proposta pelo PSOL possui amplo alcance político, social, ético e jurídico.

Essas considerações são fortalecidas pelos seguintes supostos adotados pelo Procurador-Geral da República:

- (a) como o magistrado é agente do Estado, o ato judicial pode configurar violação de direitos humanos tanto na hipótese de demora ou inexistência do provimento quanto nos casos em que a própria providência jurisdicional atenta contra o espectro de proteção do direito;

⁶³ Segundo Luís Roberto Barroso, “a arguição balizada – não sem certa impropriedade – como *incidental* pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário. Seus outros requisitos, que são mais numerosos que os da arguição autônoma, incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que (i) seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato *normativo* – e não qualquer ato do Poder Público” (2011, p. 304, destaques no original).

- (b) a Corte em momento algum definiu como deverão ocorrer a apreciação e a valoração dos fatos e das provas no curso dos processos perante a jurisdição nacional; o que se determinou é que as perseguições penais devem ser encaminhadas, não se podendo utilizar determinadas normas de direito interno como obstáculo, em virtude da incompatibilidade destas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos;
- (c) a desconsideração sistêmica do determinado pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* e a conseqüente violação ao artigo 68 da Convenção conduzem à denúncia integral do tratado, situação inadmissível tanto pela perspectiva da Constituição de 1988 quanto no tocante às obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional (2014, pp. 52-59).

Na ADPF nº 101, ajuizada pelo Presidente da República em 2006 e julgada em 2009, o Supremo Tribunal Federal se viu diante de uma multiplicidade de decisões judiciais sobre a temática da importação de pneus usados de países não integrantes do Mercosul. Em seu voto, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, pondera inicialmente que a conjuntura ilustrada é de profunda insegurança, o que traduz a hipótese de cabimento da ADPF incidental. Em desdobramento, a magistrada conecta a situação de instabilidade jurisdicional à particularidade do provimento na arguição de descumprimento de preceito fundamental, de forma a justificar que não há outro meio eficaz para a resolução da questão (2009). Cuida-se de raciocínio aplicável também à ADPF nº 320, já que inexistem outras ferramentas processuais, igualmente eficientes, que sejam capazes de concretizar um pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle por via principal, com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, a respeito da *inconstitucionalidade* do ato de descumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, o requisito da subsidiariedade, preliminarmente trabalhado no tópico 1.1 desta dissertação, afigura-se também preenchido, já que, nos termos do §1º do artigo 4º da Lei 9.882, não há “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Com essas considerações, verifica-se que a ADPF nº 320 é cabível, na modalidade incidental, no que diz respeito ao descumprimento do ponto resolutivo nº 9 e da segunda parte do ponto resolutivo nº 15, tendo em vista o contexto de inobservância, pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, da orientação de inaplicabilidade da anistia (e de outras excludentes, tais como a prescrição) às graves violações de direitos humanos ocorridas durante o regime autoritário civil-militar. Assim, assiste razão ao Procurador-Geral da República, que pontua,

em seu parecer, que “há potencial violação aos preceitos dos artigos 1º, inciso III (...), 4º, inciso II (...), 5º, §§ 1º e 2º (...), todos da Constituição da República, e ao artigo 7º do ADCT”, em vista da “recusa de órgãos do sistema de justiça brasileiro em dar concretude à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomada no caso GOMES LUND”, com enfoque na dificuldade de determinação da responsabilização criminal “dos autores de graves violações a direitos fundamentais, com afastamento dos preceitos internos relativos à anistia e à prescrição, assim como a caracterização da permanência nas hipóteses de desaparecimento forçado de pessoas” (2014, p. 29).

Assentado isso, resta ainda perquirir se essa mesma arguição, à luz do outro pedido formulado pelo PSOL em sua petição inicial, tem também o condão de reabrir o debate que o STF pretendeu encerrar com o julgamento da ADPF nº 153. É o que se passa a analisar no próximo capítulo.

3 A ADPF Nº 320 E O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 153

3.1 O acórdão do Supremo Tribunal Federal

No capítulo anterior, definiu-se que o pedido de cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana, formulado pelo PSOL nos autos da ADPF nº 320, afigura-se cabível quanto à responsabilização criminal dos agentes da ditadura de 1964, à luz de um contexto de “controvérsia constitucional relevante”, baseado em uma proliferação de orientações conflitantes a respeito da aplicabilidade da Lei 6.683/1979. Em seguida, é preciso examinar o outro pedido inicial: o de declaração de que “a Lei de Anistia não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos” (2014, p. 14). Embora subestimado pela Procuradoria-Geral da República (2014, pp. 29-32), tal pedido expressa, não sem alguma dificuldade interpretativa, a deflagração de uma revisão do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 153. Portanto, o que o requerente postula é o refazimento do juízo de recepção lançado sobre a anistia política de 1979.

No presente capítulo, é problematizada a possibilidade de o Supremo rever a sua antiga interpretação. Para tanto, são inicialmente recuperadas as linhas gerais do acórdão prolatado em 2010, com ênfase no voto do Relator, Ministro Eros Grau. Em seguida, tendo como pretexto introdutório a alegação, ainda corrente, de que a revisão da Lei 6.683 constitui atividade tipicamente legislativa, procede-se a um rápido resgate da discussão relativa à legitimidade da jurisdição constitucional no marco do Estado Democrático de Direito. Por fim, com base no instituto da eficácia vinculante das decisões em sede de controle de constitucionalidade por via principal, é apresentada a conclusão de que a ADPF nº 320 constitui o espaço adequado para a superação do entendimento de que a autoanistia de 1979 é compatível com a Constituição de 1988.

Esse entendimento, arbitrado pelo STF, está lastreado nas seguintes noções: *(i)* a Lei de Anistia consiste em lei-medida cujos efeitos se esgotaram à época de sua edição; *(ii)* a anistia é resultado de um pacto bilateral necessário à retomada da democracia no país; e *(iii)* a Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de

1987/1988, possibilitou a incorporação da anistia “ampla, geral e irrestrita”⁶⁴ à nova ordem constitucional.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal se inicia com a rejeição das seguintes preliminares: “ausência de comprovação da controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado”; “ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema”; descabimento da arguição em razão de os efeitos do ato impugnado terem se exaurido quando de seu advento; “falta de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais”; e “inutilidade de eventual decisão de procedência” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2010, pp. 12-14). Feito isso, o Ministro Eros Grau destrincha a estrutura da argumentação montada pelo Conselho Federal da OAB em sua petição inicial, identificando duas linhas principais: uma atinente à não recepção da Lei 6.683 pela Constituição de 1988 e outra relativa a uma interpretação conforme à Constituição do §1º do artigo 1º da referida Lei, em defesa da não extensão da anistia aos crimes comuns praticados por agentes da repressão ditatorial em face dos opositores políticos. Com a rejeição das alegações formuladas pelo arguente, é lançada a tese de que a Lei de 1979 se originou de um acordo político genuíno, de caráter bilateral:

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-lo senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la (Brasil. Supremo Tribunal Federal (2010, p. 21).

Eros Grau propõe uma leitura da história constitucional brasileira, com o intuito de sedimentar a ideia de que as anistias, praticadas inúmeras vezes no contexto do Brasil republicano, consistem em providências concretas pontuais, encerradas em determinado momento, necessárias à viabilização da transição de regimes autoritários para períodos democráticos. Assim, sustenta, face ao pedido de interpretação conforme à Constituição, que a expressão “crimes conexos” constante do *caput* e explicada no §1º do artigo 1º da Lei 6.683

⁶⁴ Emílio Meyer demonstra que a ideia de uma anistia “ampla, geral e irrestrita” nasceu dos próprios movimentos de resistência, sendo que seu sentido “não esteve ligado, pelo menos como poder ser conhecido nessa luta da sociedade, a uma ‘anistia de mão dupla’. Em verdade, o que se buscava era evitar o advento do §2º do artigo 1º da Lei nº 6.683/1979, que restringia a anistia e excluía do seu benefício condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (2012, p. 102). Mais adiante, o autor afirma o seguinte: “Quanto à ‘anistia ampla, geral e irrestrita’, ela não aconteceu, pois o §2º criou as exceções dos crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal; no que respeita à anistia ‘recíproca’ ou de ‘mão dupla’, esta viria travestida na expressão ‘crimes conexos’, de modo que nem o Estado declarava sua culpa, nem, à primeira vista, responsabilizações poderiam ser estabelecidas” (2012, p. 105).

“conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia” (2010, p. 26, destaque no original). Com isso, o Ministro afasta o significado técnico do instituto da conexão criminal, argumentando que a anistia foi claramente bilateral, já que, a despeito de terminologias, pretendeu desresponsabilizar também os agentes do Estado autoritário de 1964.

Para justificar o entendimento de que uma interpretação atualizadora dos termos da Lei 6.683 não seria possível, Eros Grau classifica o ato como uma lei-medida. Leis-medidas “disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 31). Por essa razão, o que cumpre ao intérprete de uma lei-medida é apreender, “em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 31). A lógica dessa construção – amplamente contestável sob o ponto de vista hermenêutico (Meyer, 2012, pp. 51-75) – é de que a anistia tem a integralidade de seus efeitos exauridos no momento em que é editada. Por esse motivo, não se poderia interpretá-la à luz dos parâmetros e aspectos de hoje.

Ao final, o Ministro volta a insistir no caráter consensual e pacífico da transição brasileira para a democracia. Anota que “há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos” (2010, p. 37). Porém, assevera, logo em seguida, que “quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos” (2010, p. 37). Acrescenta que, em razão da similitude dos textos, “a anistia da Lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988” (2010, p. 43), afirmando, com todas as letras, que

A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental (2010, p. 44).

Então, “afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 44). Depois disso, Eros Grau transcreve um excerto de um poema

de Mario Benedetti e finaliza seu voto com as seguintes frases: “É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado. Julgo improcedente a ação” (2010, p. 46). Em sua maioria, o Tribunal acompanha o direcionamento traçado pelo Ministro, com cada julgador adicionando algumas considerações.

Com a publicação do acórdão, foram opostos embargos de declaração pelo Conselho Federal da OAB. Na petição recursal apresentada em 13 de agosto de 2010, o embargante alega que a decisão é omissa, já que o Supremo deixou de considerar os seguintes argumentos:

- (i) a conjuntura política em 1979 impediu que a anistia resultasse de um acordo genuinamente bilateral;
- (ii) os crimes de lesa-humanidade perpetrados pelos agentes da ditadura são imprescritíveis e insuscetíveis de anistias;
- (iii) em interpretação conforme à Constituição de 88, não há espaço para a extensão da benesse constante da Lei 6.683 às graves violações de direitos humanos engendradas pelo aparato autoritário de 64;
- (iv) o Estado brasileiro encontra-se submetido à autoridade da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010).

Posteriormente, em manifestação colacionada aos autos em 29 de março de 2011, o embargante noticia a ocorrência de “fato novo”, relativo à sentença condenatória no caso *Gomes Lund*. Segundo a OAB, “em tais condições, põe-se agora indeclinavelmente, para o nosso País, a seguinte alternativa: ou será dado cumprimento integral àquela decisão internacional, como o exige a Convenção Americana (...); ou o Brasil tornar-se-á um país fora-da-lei no plano internacional” (2011, p. 2). Assim, pede que o STF se pronuncie expressamente a respeito da executoriedade das decisões da Corte Interamericana.

Quando da propositura da ADPF nº 320, em maio de 2014, os embargos ainda não haviam sido julgados pelo Tribunal.⁶⁵ Por essa razão, da decisão de recebimento da arguição ajuizada pelo PSOL consta a determinação do apensamento dos autos aos da ADPF nº 153, “tendo em vista a existência de identidade temática entre os aludidos processos”. Como será demonstrado no tópico 3.3, os dois expedientes se complementam, embora não se confundam. De toda forma, ambos convergem para a reabertura do espaço decisório, em prol de um refazimento do juízo lançado pelo Supremo em 2010.

⁶⁵ Isso se deve não só à demora habitual de tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, mas também a uma intervenção feita pelo próprio Conselho Federal da OAB, que requereu, em petição apresentada em 21 de março de 2012, a retirada do feito da pauta do dia 22 de março, com o consequente adiamento do julgamento dos embargos declaratórios.

3.2 A revisão da anistia e o Poder Judiciário

Contudo, antes de analisar a possibilidade desse refazimento, é preciso resgatar o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, de modo a demonstrar que o lócus deliberativo ocupado pelo Supremo Tribunal Federal deve permanecer constantemente aberto aos fluxos advindos da esfera pública. Para a construção desse papel, cabe enfrentar, primeiramente, a contestação superficial de que a jurisdição não detém a legitimidade necessária à “reescrita” de leis.

Nas manifestações apresentadas pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República ao Supremo Tribunal Federal, em resposta à inicial do PSOL, um dos primeiros argumentos utilizados para a alegação do descabimento da ADPF nº 320 é o de que a revisão da Lei de Anistia de 1979 traduz tarefa tipicamente legislativa, não podendo ser atribuída ao Poder Judiciário. Nas informações prestadas pelo Senado Federal, em nome do Congresso, anota-se que

Uma questão central do debate é estabelecer de quem seria o papel de revisar a Lei de Anistia, tendo em vista que o Poder Legislativo é que detém a função típica de inovar na ordem jurídica mediante a produção de lei. Estaria o Poder Judiciário autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da contemplada no texto normativo? Ao que parece, o Poder Judiciário pode, utilizando-se das técnicas de interpretação, produzir distintas normas a partir do texto, mas não está autorizado a reescrever leis (2014, p. 7).

A problemática consistiu em objeto de debate no julgamento da ADPF nº 153 (Meyer, 2012, pp. 75-92). No voto proferido pelo Relator, Ministro Eros Grau, é colocada a assertiva de que “nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo” (2010, p. 38). De certa forma, a postura assumida pelo Tribunal incorpora a noção de “dificuldade contramajoritária” como um baluarte contra a exigência de decidir conforme à Constituição, em negação do dever que a própria ordem constitucional impõe ao órgão.

Embora não enseje uma frente alentada de discussão na ADPF nº 320, o exame desse suposto constitui etapa necessária à reconstrução do espaço ocupado pela jurisdição constitucional na proteção e na afirmação do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito no Brasil. Por isso, o expediente analítico deste tópico se justifica pela interface que estabelece com a defesa, formulada no tópico 3.3, da indispensabilidade da abertura do Supremo Tribunal Federal à defesa da incompatibilidade da anistia de 1979 com a Constituição de 1988. As conclusões retiradas são posteriormente retomadas nos capítulos 5 e

6. Por fim, é oportuno salientar que o estudo empreendido neste tópico não possui a aspiração de abordar o tema em questão de maneira exauriente ou mesmo aprofundada. Na verdade, o que se pretende é situar e balizar, na conjunção do debate relativo à ADPF nº 320, o poder-dever outorgado ao STF para a tutela e a realização da ordem constitucional.

Esse poder-dever constitui, no referencial democrático, um elemento em disputa. A complexidade da alocação do Poder Judiciário no processo deliberativo-decisório se deve, inicialmente, ao fato de que os juízes não são eleitos. Em outras palavras, a sua autoridade decorre, por assim dizer, de um fundamento distinto daquele que empodera o Executivo e o Legislativo, na medida em que traduz um vínculo menos direto e não tão claro com a soberania popular. Em sua acepção rudimentar, é desse entrave que resulta o mal-estar democrático com o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Há o suposto – não necessariamente acertado ou equivocados, embora dependente de problematização – de que os representantes escolhidos pelos cidadãos nas urnas correspondem aos verdadeiros legitimados para o encaminhamento das decisões coletivas vinculantes. Nesse esquema, a inserção dos magistrados enfrenta um percurso de dificuldade, principalmente diante de um formato no qual as orientações definidas na legislação se subordinam à revisão judicial. No contexto de um Estado organizado a partir de uma comunidade política composta por sujeitos livres e iguais, a atribuição da guarda do projeto constituinte a um corpo seletivo de especialistas técnicos se mostra problemática.

Tendo em vista o debate estadunidense, o mapeamento dos argumentos em confronto exige uma apresentação da leitura feita por John Hart Ely, baseada em uma proposta de superação da polarização entre o interpretativismo e o não interpretativismo no controle judicial de constitucionalidade. Segundo Ely, o primeiro (interpretativismo) aponta para um método interpretativo segundo o qual os juízes devem decidir questões constitucionais em estrita atenção às diretrizes normativas expressas ou claramente implícitas no texto da Constituição. O segundo (não interpretativismo), por sua vez, indica que os tribunais devem ultrapassar as referências textuais, de tal modo a consagrar preceitos e ditames não extraíveis mecanicamente da literalidade constitucional.⁶⁶ Em seu trabalho, o autor assevera que a

⁶⁶ Nas palavras de Ely, “há uma discussão longeva na teoria constitucional, a qual já assumiu diferentes terminologias em diferentes épocas, embora a adotada atualmente se mostre bastante elucidativa. Hoje os polos confrontantes são chamados de ‘interpretativismo’ e ‘não interpretativismo’ – o primeiro no sentido de que, na apreciação de questões constitucionais, os magistrados devem se restringir à realização das normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo na defesa contrária de que aos tribunais cumpre ir além do plexo de referências textuais e possibilitar a implementação de normas não desveláveis simplesmente da leitura do documento” (1980, p. 1, tradução livre). No original: “A long-standing dispute in constitutional theory has gone under different names at different times, but today’s terminology seems as helpful as any. Today we are likely to call the contending sides ‘interpretivism’ and ‘non interpretivism’ – the former indicating that judges

justificação da revisão judicial está, na verdade, na proteção deliberativa das minorias, no sentido da tutela da higidez do processo político, sem que isso importe em intervenções jurisdicionais materializadoras das normas constitucionais (1980). Porém, qual é a medida da divisão entre a matéria e forma constitucionais? Nos casos concretos, quais são os critérios com base nos quais a legitimidade da jurisdição constitucional é aferida?

A Constituição moderna expressa o âmago jurídico-normativo da sociedade política, consistindo em um conjunto de comandos essenciais – usualmente vocacionados à organização do Estado e à disposição dos direitos básicos dos cidadãos – dotados de suprallegalidade e cujo conteúdo está, por isso mesmo, protegido da sazonalidade legislativa pela previsão de um procedimento rigoroso para a sua alteração. Os poderes estatais são constituídos nos limites da regulação constitucional. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, estabelece uma repartição extensa de competências entre os entes federados, disciplina as possibilidades de atuação das Casas que compõem o Congresso Nacional e dispõe sobre as atribuições e responsabilidades da Presidência da República. Todo esse universo converge, direta ou indiretamente, para a limitação do poder político e a proteção da esfera jurídica dos administrados. É inevitável, porém, que muitas das disposições com esse propósito apresentem estruturas textuais indeterminadas, marcadas por termos fluidos e abertos. Entre muitos outros, o artigo 1º é esclarecedor dessa condição: estipula que a República Federativa se constitui “em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. O que isso significa? Como projetar esses direcionamentos para a construção cotidiana do aparelho público-decisório? Não se ignora que toda norma, como manifestação da linguagem humana, reclama interpretação. Contudo, não há dúvidas de que a tarefa de interpretar a Constituição avoca um espaço de destaque e importância próprios quando o que está em jogo é o preenchimento das lacunas relativas a preceitos tão amplos e indefinidos.

Disso não resulta ontologicamente a conclusão de que esse espaço deva ser ocupado pelo Poder Judiciário. De certa maneira, “a Constituição poderia ser interpretada como um grupo de diretrizes impostas ao Congresso, à Presidência da República e aos demais agentes estatais, de modo que eles possuíssem a obrigação jurídica e moral de segui-las, mas sendo

deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document”.

eles mesmos seus próprios juizes” (Dworkin, 1986, p. 355, tradução livre).⁶⁷ Isso implica afirmar que nenhuma instituição específica está predefinida como detentora da prerrogativa de densificar, em última palavra, os escopos constitucionais. Nesses termos, a ideia lançada pelo juiz John Marshall em 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, constitui uma edificação argumentativa e, por consequência, um predicado politicamente rastreável e hermeneuticamente desmontável. Contudo, o sucesso histórico do sistema de revisão judicial, sobretudo ao longo da segunda metade do Século XX, não pode ser tão facilmente desconsiderado.

O raciocínio de Marshall arrimou-se em duas premissas: a de que (i) os juizes exercem a função de interpretar e aplicar as leis; e a de que (ii) a Constituição é a “lei” superior do ordenamento jurídico. Com base nisso, concluiu que o Judiciário exerce a função de interpretar e aplicar a Constituição, inclusive para declarar a nulidade de atos infraconstitucionais inconstitucionais.⁶⁸ No caso, William Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, pugnando pela condenação do então Secretário de Estado, James Madison, à outorga do título, atribuído a Marbury pelo Presidente anterior, John Adams, de juiz de paz do Distrito de Columbia. Na decisão prolatada pelo Tribunal, Marshall anotou que havia três indagações merecedoras de enfrentamento: (i) se o postulante tinha direito à outorga pleiteada; (ii) se o ordenamento previa um remédio para a violação desse direito; e (iii) se esse remédio era o *writ of mandamus* impetrado perante a Suprema Corte. Em seguida à apresentação de resposta afirmativa às duas primeiras perguntas, foram sequencialmente abordadas a natureza do *writ* e a competência da Corte para o seu processamento. Embora o *Judiciary Act* de 1789 outorgasse tal atribuição ao Tribunal, a Constituição estadunidense, na Seção 2 de seu Artigo III, estabelecia que “em todos os casos envolvendo embaixadores, outros ministros e cônsules, bem como aqueles nos quais um Estado figura como parte, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária; em todos os outros casos, a Suprema Corte exercerá jurisdição recursal”.⁶⁹ Com a afirmação de que aos magistrados é conferida a incumbência de fazer valer a Constituição, até mesmo em

⁶⁷ No original: “(...) the Constitution might have been interpreted as laying down directions to Congress, the president, and state officials that these officers had a legal as well as a moral duty to follow, but making them their own judges”.

⁶⁸ No opinião da Corte, Marshall escreve que “se, então, as cortes devem considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário, a Constituição, e não o ato legislativo ordinário, deve orientar o caso ao qual ambos se mostrem aplicáveis” (1803, s. p., tradução livre). No original: “If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”.

⁶⁹ No original: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, (...)”.

detrimento de comandos legislativos ordinários, Marshall reputou inconstitucional a disposição do *Act* que estabelecia a competência da Corte para o *writ*, abstendo-se de ordenar a entrega a Marbury do título de juiz de paz. No arremate de sua construção, ele escreve que

(...) a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, pretensamente essencial a todas as constituições escritas, de que a lei contrária à constituição é nula; e de que as cortes, assim como outros departamentos estatais, afiguram-se vinculadas à primazia do instrumento constitucional (1803, s. p., tradução livre).⁷⁰

A influência desse silogismo permitiu a difusão do controle judicial de constitucionalidade das leis. Mediante a adoção de formatos variados, a exportação da estrutura que sustenta a orientação assumida pela Suprema Corte estadunidense, muito embora a ideia não tenha despontado em *Marbury v. Madison*, possibilitou a institucionalização de fóruns de defesa da superioridade e da rigidez constitucionais. Assim, como todo regime político moderno só é democrático se for constitucional, o equilíbrio entre a soberania popular e o Estado de Direito se transforma em exigência institucional. Conquanto o poder emane do povo, as providências, os comandos e as instituições infraconstitucionais devem subserviência à autoridade dos preceitos constitucionais. Nesse ínterim, o paradoxo do poder constituinte deve ser assimilado e projetado como uma relação jurídica que se realiza, a longo prazo, no encadeamento de práticas sociais e institucionais, de tal modo a conferir sentido aos princípios que orientam o projeto assumido pela sociedade política (Cattoni de Oliveira, 2011b, pp. 19-44; Dilly Patrus; Cattoni de Oliveira, 2014, pp. 529-548).⁷¹ Essa é a principal lição – e, por conseguinte, o principal legado – dos movimentos que marcaram os Séculos XVIII e XIX.

Porém, não se extrai dessa herança a atribuição exclusiva ao Poder Judiciário do poder-dever de exercer a fiscalização definitiva da compatibilidade dos atos com a Constituição. A força de *Marbury v. Madison* está no estabelecimento de um espaço jurisdicional de guarda da Constituição, mas os sistemas de controle de constitucionalidade que proliferaram no mundo ocidental não necessariamente confiam tal prerrogativa aos juízes e tribunais. Há várias manifestações da “justiça constitucional”, já que as instâncias encarregadas da tutela da supremacia constitucional podem assumir – e têm, de fato,

⁷⁰ No original: “Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”.

⁷¹ O paradoxo do poder constituinte e sua relação com a problemática da legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito, sobretudo em vista das transformações trazidas pela Era Pós-Nacional, serão analisados no tópico 4.2 desta dissertação.

assumido – roupagens diversas (Cappelletti, 1992).⁷² Na delimitação de seu objeto de estudo (o controle *judicial* de constitucionalidade das leis no direito comparado), Mauro Cappelletti não só reconhece a existência de outros modelos de defesa da Constituição, mas sobretudo sublinha o enigma institucional ligado à jurisdição constitucional:

Uma ulterior delimitação do novo tema podemos, realmente, logo fazê-la aqui, precisando que pretendemos tratar não, em geral, de qualquer sistema de controle da constitucionalidade das leis, mas tão-só daqueles sistemas em que o controle seja confiado a órgãos *judiciários*, exercendo uma função *jurisdicional*. O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz* (1992, p. 26, destaques no original).

Tendo isso em vista, e considerando os questionamentos aviados anteriormente, em que medida se pode justificar – sob o ponto de vista democrático – a consolidação do poder de revisão constitucional nas mãos do Poder Judiciário?

Ronald Dworkin aborda a questão pela perspectiva do caráter interpretativo do direito. Em sua construção do direito como integridade, o autor esclarece que a legitimidade da revisão judicial se constrói a partir de uma vinculação, em transparência, à comunidade de princípios (1986, pp. 225-275). Para a construção dessa ideia, é elaborada uma categorização de argumentos: os de princípio e os de política. Os argumentos de princípio consistem em enunciados discursivos de embasamento de pronunciamentos decisórios voltados à proteção de direitos e à realização da moralidade política. Os argumentos de política, por sua vez, traduzem enunciados discursivos justificadores de decisões voltadas à concretização dos interesses coletivos, em vista do bem-comum (Dworkin, 1977). Ainda que o Parlamento esteja aberto à utilização de ambos os tipos argumentativos, o espaço ocupado pelo Judiciário, em sua vinculação aos argumentos de princípio, é privilegiado para o exercício da tarefa de resgatar e atualizar o Estado de Direito e os direitos fundamentais na resolução dos problemas concretos.

Em contrapartida, Jeremy Waldron elabora uma crítica ao controle judicial de constitucionalidade das leis, com base na centralidade do desacordo político-social. Para o autor, ao mesmo tempo em que “há muitos de nós, e discordamos sobre o significado da justiça” (1999, p. 1, tradução livre)⁷³, a operacionalização da vida pública reclama a institucionalização cotidiana de decisões políticas e morais. O enfrentamento dessa

⁷² O autor esclarece que “todas [a]s manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, de certa, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação (...) dos preceitos da suprema lei constitucional” (Cappelletti, 1992, p. 25).

⁷³ No original: “There are many of us, and we disagree about justice”.

dificuldade resulta na exigência de um procedimento capaz de assegurar a articulação das mais diversas visões de mundo e ainda assim produzir, de maneira efetiva, uma resposta substancial. Em uma perspectiva democrática, esse procedimento deve ocorrer no espaço legislativo, em atenção à regra da maioria. Isso porque, segundo Waldron, um enfoque normativo deve aspirar à concepção da comunidade política como uma organização de pessoas que se reconhecem como livres e iguais, comprometidas de boa-fé com a persecução da melhor solução para todos. Assim, delegar a uma bancada reduzida de juízes a tarefa de revisar as decisões tomadas pelos representantes diretos do povo, à luz da interpretação que esses juízes têm da comunidade de princípios, significa trair o espírito democrático que orienta a concepção do processo público-decisório (Waldron, 1999).

De certa forma, a perspectiva introduzida por Waldron contribui para o reconhecimento de balizas ao exercício da jurisdição constitucional. Porém, a negação radical a qualquer forma de revisão judicial acaba resultando na mitificação do Poder Legislativo, em desatenção à necessidade de problematizar os limites do vínculo representativo-eleitoral que empodera os parlamentares. Na verdade, a linha assumida por Dworkin, a respeito do valor institucional de um fórum comprometido tão-somente com argumentos de princípio, é bastante forte em um prisma institucional mais multifacetado, principalmente em vista das experiências constitucionais de inúmeros países do mundo nos últimos duzentos anos. Portanto, não cabe tanto buscar justificativas para a existência ou a extirpação do controle judicial de constitucionalidade, mas a delimitação da forma democraticamente mais adequada de desempenho desse controle.

Para tanto, não se pode reputar a diferença entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação como inteiramente superada. É que deve “haver distinção possível entre o ato de legislar e o ato de julgar, uma vez ser este um pressuposto importante para a democracia, especialmente no aspecto de controle do chamado *self-restraint* dos tribunais” (Meyer; Cruz; Rodrigues, 2012, p. 111).⁷⁴ Hoje mais do que nunca, sabe-se que a liberdade argumentativa com que o legislador exerce o seu ofício estatal não pode ser reproduzida no espaço judicial. De um lado, a base de legitimação da autoridade dos juízes e tribunais não permite a assunção de uma postura representativa de pessoas, grupos e interesses políticos. Lado outro, a função de defender a Constituição, embora não seja exclusividade da jurisdição, é especialmente

⁷⁴ Os autores defendem uma distinção fraca entre os discursos de fundamentação e de aplicação no direito, sustentando a necessidade de reforço de um autocontrole institucional, lastreado na “percepção de que julgar não é legislar, pois a lógica de produção de uma decisão e a forma de argumentação com a qual ela é concebida se faz sob a égide do discurso de aplicação. Já uma lei se faz com liberdade argumentativa, inclusive com argumentos meramente consequencialistas que condenamos na decisão judicial” (2012, p. 126).

outorgada ao Poder Judiciário para que seus membros, não eleitos, decidam à luz do direito, mediante a elaboração de discursos de aplicação e com vinculação a argumentos de princípio. Entender de modo diverso importaria em reconhecer o desempenho pelas cortes, e sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, de um papel legislativo positivo, o que, no referencial expresso do Estado Democrático de Direito,⁷⁵ afigura-se inaceitável.

Não se desconsidera que a inércia e o desprestígio do Poder Legislativo ensejaram, nomeadamente nas décadas finais do Século XX, o crescimento do espaço ocupado pelo Judiciário na arena público-decisória. Contudo, é inconcebível que os magistrados assumam uma posição inquestionável de privilégio social, de forma a se assenhorem de um poder personalizado, elitizado e irretorquível. É preciso que a jurisdição reconheça a sua abertura à revisão dialética. Portanto, em primeiro lugar, é preciso definir alguns parâmetros e limites, o que perpassa, quase inevitavelmente, pelo reconhecimento de que a guarda da Constituição é ao mesmo tempo prerrogativa e incumbência de todos. Em sociedades cada vez mais marcadas pela pluralidade de opiniões e prioridades, cumpre à jurisdição, acima de tudo, assegurar a viabilidade, a higidez e a efetividade de um processo deliberativo-decisório justo e aberto, pautado por um pluralismo verdadeiramente plurilateral, com a participação (ainda que potencial) de todos.

Para Michel Rosenfeld, o constitucionalismo e o pluralismo são dimensões interdependentes (2010, pp. 17-36). Diante da diversidade de interesses, aspirações, ideias, discursos e projetos de vida, as sociedades modernas reclamam um direito e um Estado baseados em liberdade, igualdade, respeito e solidariedade. Além disso, a densificação desses parâmetros não pode ocorrer a partir de um referencial fechado. Em outras palavras, de modo a absorver a pluralidade que emana do seio social e ao mesmo tempo proteger as particularidades de cada esfera individual, a identidade do sujeito constitucional deve se manter aberta à constante reconstrução (Rosenfeld, 2010, pp. 37-70).

Essa identidade traduz uma dimensão abstrata, evasiva e, por vezes, problemática da experiência jurídico-política de determinada comunidade. Isso porque, além da sua tendência natural a modificações recorrentes ao longo do tempo, é também inevitável que o sujeito constitucional estabeleça relações complexas com outras identidades, como as nacionais, étnicas, religiosas e culturais. A apreensão da identidade constitucional exige que se considere o tempo como variável necessária, possibilitando conjugar os elementos da fundação

⁷⁵ Diz-se que o referencial do Estado Democrático de Direito é expresso, porquanto a própria Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 1º, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Sobre o dispositivo em comento, cf. Cattoni de Oliveira (2013, pp. 137-140).

constituinte, do texto da Constituição em vigor e da projeção das gerações futuras. Todavia, já que o passado e o futuro consistem em grandezas indetermináveis, a busca pela determinação da identidade do sujeito constitucional, embora traduza uma incumbência necessária, consistirá sempre em um processo descontínuo e inacabado:

A própria noção do sujeito constitucional é ambígua. Não se mostra claro se a expressão se refere aos elaboradores da Constituição, aos indivíduos submetidos à sua autoridade, ou ao conteúdo constitucional. Ademais, ainda que se optasse por uma dessas possibilidades, tal conclusão dificilmente importaria em um tratamento adequado da identidade do sujeito constitucional. Os elaboradores da Constituição são aqueles que de fato a redigiram? Ou talvez aqueles em nome de quem ela foi redigida? Ou mesmo alguns destes? Por outro lado, quem são os legitimamente submetidos à autoridade da Constituição? Aqueles de fato sujeitos ao alcance real dos poderes criados com base na Constituição? Aqueles obrigados a aceitar a nova ordem constitucional? Os cidadãos de um Estado nacional ou outra unidade política que adotou a Constituição? Por fim, qual o conteúdo da Constituição? O que o texto constitucional estipula? Suas interpretações evolutivas ao longo da história (a Constituição viva, em oposição à Constituição congelada no momento de sua formulação)? Ou mesmo apenas os preceitos constitucionais compatíveis com os ideais normativos do constitucionalismo moderno? (Rosenfeld, 2010, pp. 18-19, tradução livre).⁷⁶

Em apresentação feita no *I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, ocorrido em novembro de 2014 na Faculdade de Direito da UFMG, Marcelo Cattoni de Oliveira resgata a tese, inicialmente defendida em 1999 (2006), de que “a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, deve garantir o devido processo legislativo e o devido processo constitucional”, no sentido da proteção e da realização dos direitos fundamentais como “condições jurídicas de institucionalização e de possibilidade da democracia” (2014, p. 1). Nessa reflexão, o autor inicialmente retoma os pressupostos do trabalho editado no final da década de 1990, ressaltando, com Habermas, que o debate contemporâneo acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis tende a colocar exclusivamente em xeque a questão da divisão de prerrogativas entre as instituições estatais. Isso faz com que a abordagem exija um esclarecimento muito cuidadoso, sob pena de mimetização do constitucionalismo, que passa a

⁷⁶ No original: “The very notion of the constitutional subject is ambiguous. It is not clear whether the notion refers to the makers of the constitution, those subjected to it, or its subject-matter. Moreover, even if one were to settle on one of these three possibilities that would hardly provide an adequate handle over the identity of the constitutional subject. Are the makers of the constitution those who have actually drafted it? Or, those in whose name it has been drafted? Or even, some but not all of the latter? On the other hand, who are those who are legitimately subjected to the constitution? Those within the actual reach of the newly minted powers derived from the constitution? Those who actually, or ought to, accept the new constitutional order? Citizens of the nation-state or other political unit that has adopted the constitution? Finally, what is the subject matter of the constitution? That which the constitutional text states? Its evolving interpretations throughout its history (the ‘living’ constitution as opposed to the constitution frozen at the time of its drafting)? The constitution’s prescriptions only to the extent that they are compatible with the normative ideals of modern constitutionalism?”.

ser encarado como limite jurídico-moral à soberania popular (Cattoni de Oliveira, 2014, pp. 8-10).⁷⁷

Retomando e desenvolvendo essa questão, levantada inicialmente de modo um tanto intuitivo, acerca da função do Supremo Tribunal Federal na “guarda da Constituição”, parti do pressuposto de que na raiz do dilema acerca da correta definição dos papéis a serem desempenhados pelo processo legislativo democrático e pela Jurisdição Constitucional, no exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, assim como da relação entre eles, estão presentes concepções de constitucionalismo e de democracia ainda presas a modelos normativos pouco complexos de política deliberativa, nem sempre conciliáveis (Cattoni de Oliveira, 2014, pp. 12-13).

Assim, no empreendimento de um “giro reconstrutivo”, os fundamentos democráticos do controle judicial de constitucionalidade das leis precisam ser recuperados, à luz de uma perspectiva que conceba a Constituição e a democracia como “faces da mesma moeda”, isto é, instâncias discursivas indissociáveis (Cattoni de Oliveira, 2014, pp. 13-15). O papel desempenhado pela jurisdição constitucional é, nesse quadro, o de guardião do processo deliberativo, no marco do Estado de Direito, de modo que a soberania popular possa efetivamente se manifestar, ainda que na sua incompletude. Ou seja, cumpre a ela garantir o “devido processo legislativo democrático, ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação”, de um lado, e o “devido processo constitucional, ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional”, de outro (Cattoni de Oliveira, 2014, p. 17).

No caso do Supremo Tribunal Federal, o dever de proteger o projeto de Estado Democrático de Direito está expressamente previsto no *caput* do artigo 102 da Constituição de 1988, que estabelece que a ele compete, “precipualemente, a guarda da Constituição”. Isso não significa que ao Tribunal seja dado preencher, em concorrência com o Congresso Nacional e o Poder Executivo, os vazios materiais deixados para a densificação política. O que se atribui a ele é o encargo – e nem tanto a prerrogativa – de preservar a higidez do processo público no qual essa densificação ocorrerá. Isso inclui a realização dos direitos fundamentais, assim como a recusa de anistias de graves violações de direitos humanos. Por esse motivo, “defender que um suposto papel de ‘revisão’ da Lei de Anistia deveria ficar com o Legislativo ou que o dito ‘acordo político’ só poderia ser questionado por ele significa dizer

⁷⁷ Segundo pontua o autor, “Tais controvérsias acerca da legitimidade e de uma caracterização adequada do controle judicial de constitucionalidade necessitam sempre de maior clarificação, pois quase sempre se perdem em um dilema no qual o constitucionalismo, compreendido como um limite jurídico-moral à democracia reduzida ao governo da maioria, leva a que se considere o controle judicial de constitucionalidade das leis como uma instituição meramente contramajoritária, defensora dos direitos humanos e das minorias sócio-políticas, a tutelar paternalisticamente o processo político” (2014, p. 10).

que o Supremo Tribunal Federal poderia abdicar de seu papel de ‘guardião da Constituição’” (Meyer, 2012, p. 76).

Contudo, tendo em vista o caráter falacioso das pretensões enclausuradoras da identidade do sujeito constitucional, eventual pronunciamento tomado pelo STF em determinado tema não pode representar o encerramento da deliberação pública sobre o assunto. Com muita clareza, o equívoco do Tribunal em determinada decisão deve abrir margem para frentes de rediscussão, de forma a mobilizar um capital comunicativo capaz de atingir mais uma vez o núcleo formal do espaço decisório. Na temática da não recepção da Lei 6.683 pela Constituição de 1988, foi exatamente isso que aconteceu. A ADPF nº 320 é o retrato de um processo de reabertura do centro decisório, com vistas à revisão do provimento delineado na ADPF nº 153.

3.3 Eficácia vinculante das decisões no controle de constitucionalidade por via principal

Com isso, passa-se a examinar o pedido de declaração de inaplicabilidade da Lei da Anistia às graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura de 1964. Como já enunciado, a compreensão desse requerimento exige o reposicionamento do Supremo Tribunal Federal no processo deliberativo-decisório relativo à recepção da anistia de 1979 pela Constituição de 1988. Caso prevaleça o entendimento de que o julgamento na ADPF nº 153 não está aberto a revisão,⁷⁸ o significado da providência solicitada com a propositura da ADPF nº 320 ver-se-á esgotado. Outrossim, a redução do pedido a um controle dos “efeitos” da Lei 6.683 importará no esvaziamento da potencialidade ínsita no debate.

Apesar disso, a Procuradoria-Geral da República aposta, em seu parecer, na tese de que a pretensão deduzida pelo PSOL não enseja *bis in idem* em face da ADPF nº 153. Isso porque os pedidos ventilados nas ações referidas são, segundo o Procurador, distintos: na primeira (ADPF nº 153), discutia-se a compatibilidade da Lei da Anistia com a Constituição

⁷⁸ Conforme noticiado no tópico 1.3, a visão de que o debate em comento já se afigura encerrado, em virtude da prolação do acórdão de improcedência dos pedidos formulados na inicial da ADPF nº 153, é compartilhada com veemência pelo Ministro Cezar Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Em declarações recentes, o Ministro Marco Aurélio e o ex-Ministro Eros Grau reforçaram esse entendimento, pronunciando-se contra a possibilidade de reavivamento da discussão a respeito da responsabilização criminal dos agentes do aparato autoritário de 64. Tendo como mote a entrega do relatório final da Comissão Nacional da Verdade, ocorrida em 10 de dezembro de 2014, Marco Aurélio afirma que “a anistia bilateral foi negociada à época para se deixar o regime de exceção e partir-se para regime essencialmente democrático. A própria anistia foi um instrumento de paz quanto aos ânimos. Eu creio que de início não há interesse maior da sociedade brasileira na revisão desses fatos”. Já Eros Grau anota que “a decisão do Supremo é a última, não está sujeita a revisão. Só pode mudar se houver algum fato novo”. E adiciona: “Ou a gente respeita [a decisão do STF] ou instala clima de absoluta insegurança jurídica. Não pode examinar isso com nenhuma paixão, você perde a serenidade e a prudência”. A esse respeito, cf. Ramalho (2014).

de 1988; na segunda (ADPF nº 320), o debate instaurado diz respeito ao “controle dos efeitos da Lei 6.683/1979 em decorrência de decisão judicial vinculante da Corte IDH, superveniente ao julgamento da ADPF 153, com declaração de ineficácia parcial da lei nacional” (2014, p. 30). À luz dessa diferenciação, afirma que não se vindica, com a arguição proposta pelo PSOL, o refazimento da interpretação lançada sobre a anistia política (no sentido de discutir a sua recepção pela Constituição da República), anotando que o que está em jogo, por outro lado, é o estabelecimento dos “marcos de diálogo” entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a jurisdição constitucional interna (2014, p. 30).

Observa-se que o Ministério Público encampa a premissa da inexistência de conflito entre a decisão proferida pela Corte Interamericana e o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal. O que embasa tal entendimento, tal como defendido por Cláudio Souza Neto,⁷⁹ é a percepção de que há um “sistema de duplo controle”, composto por instâncias autônomas de fiscalização dos atos estatais. Ou seja, a Procuradoria-Geral da República assume, não sem renunciar a alguns supostos teóricos, a perspectiva da possibilidade de preservação da decisão prolatada na ADPF nº 153. A assunção dessa orientação se justifica sob o ponto de vista estratégico, tendo em conta a enorme dificuldade já demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal em eventualmente reconhecer o seu próprio equívoco. Em assim sendo, busca-se afastar a ideia de que o pedido feito em 2014 consiste na reiteração do apresentado pelo Conselho Federal da OAB em 2008, com o intuito de evitar que o constrangimento de uma retificação da decisão anterior inviabilize a procedência da pretensão deduzida pelo PSOL. Contudo, a clareza da estratégia não pode impedir que a manobra seja academicamente questionada.

Em assim sendo, já se pode antecipar que a argumentação da Procuradoria-Geral da República se mostra tecnicamente insustentável.⁸⁰ Isso se deve ao fato de o parecer não explicitar adequadamente o âmbito de cabimento da ADPF nº 320. Afinal, qual seria o propósito da arguição apresentada pelo PSOL? Se não se cuida de uma repetição do pedido de controle de recepção da Lei da Anistia, seria então uma repetição do pedido de controle de

⁷⁹ A defesa formulada por Souza Neto é exposta, de maneira preliminar, no tópico 1.3.

⁸⁰ Cumpre acrescentar que há uma contradição na construção plasmada no parecer. Isso porque o Procurador afirma, em um primeiro momento, que na ADPF nº 153 “o STF efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro”, o que leva a crer que a incumbência dirigida ao Supremo com a ADPF nº 320 respeita à realização do controle de convencionalidade da Lei da Anistia. Porém, algumas linhas abaixo, aduz que “a sentença da Corte IDH é posterior ao acórdão na ADPF 153/DF”, de modo a embasar a ideia de que “a decisão internacional constitui ato jurídico novo, não apreciado pelo STF no julgamento da ação pretérita”. Esse segundo passo argumentativo sinaliza em direção a um refazimento do controle de constitucionalidade firmado na ADPF nº 153. Cf. Brasil. Procuradoria-Geral da República (2014, pp. 31-32).

convencionalidade, já resolvido pela Corte Interamericana? Poderia o Supremo Tribunal Federal revisar tal fiscalização, substituindo o juízo lançado pelo Tribunal Internacional? Se, porém, não for esse o caso, como compreender o pedido elaborado na inicial da ADPF nº 320, de modo a afastar, na esteira do assentado no tópico 3.2, o caráter de cumprimento da decisão internacional? Qual o verdadeiro papel a ser desempenhado pelo STF no debate provocado pelo PSOL?

Uma tentativa de enfrentamento dessas questões perpassa por uma observação sobre a eficácia vinculante que emana das decisões proferidas pelo Supremo. Tal eficácia decorre de alguns pronunciamentos jurisdicionais, dentre os quais se encontram as decisões em controle de constitucionalidade por via principal. À luz desse efeito, a determinação judicial passa a ser de implementação obrigatória por um conjunto de órgãos hierarquicamente subordinados ao tribunal prolator. No caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em fiscalização por ação principal, a própria Constituição estabelece que “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Nessa seara de fiscalização, as sentenças tornam vinculantes as determinações constantes de seus dispositivos e, por vezes, também de suas fundamentações.⁸¹ Nesse quadro, o acerto de determinada questão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, representação interventiva ou arguição de descumprimento de preceito fundamental importa na definição de um parâmetro mandatório de conduta, possibilitando o manejo da reclamação para a tutela da autoridade do precedente constitucional. O desrespeito aos encaminhamentos firmados pelo STF em tal expediente repercute com impacto na esfera processual de garantia da efetividade da Constituição.⁸²

Nessa conjuntura, as decisões de confirmação da constitucionalidade do ato normativo merecem um tratamento especial. Quando o Supremo Tribunal Federal declara uma lei inconstitucional, o ato é eliminado da ordem jurídica. Na ocasião, porém, de a lei ser

⁸¹ Vale ressaltar que o STF vem adotando, em ocasiões sucessivas, a tese da extensão dos efeitos das decisões aos fundamentos decisórios, construção a que se dá o nome de “transcendência dos motivos determinantes”. Segundo tal orientação, passam a ser de observância obrigatória não apenas as conclusões explicitadas pelo Tribunal, mas também as razões de decidir, autorizando o manejo ampliado da reclamação constitucional. Nesse sentido, cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal (2003a). Para um exame da questão, cf. Barroso (2011, pp. 230-231) e Fernandes (2014, pp. 1.154-1.156).

⁸² Em trabalho sobre o papel do *amicus curiae* na “nova” jurisdição constitucional brasileira, anotamos que “é inegável o papel ativo que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando, nos últimos anos, na vida institucional do país. A posição de destaque que a Corte tem assumido na tomada de decisões de alta relevância política, na implementação de políticas públicas e na deliberação acerca de questões de importância moral e social não deixa de gerar perplexidade, exigindo uma análise acurada” (2013, p. 125).

declarada constitucional, o ato permanece, reconhecido como válido. É certo que a decisão tomada pelo Supremo no sentido da compatibilidade da lei com a Constitucional irradia alguma eficácia no tempo e no espaço, passando a orientar vinculativamente a atuação da administração pública e dos demais órgãos jurisdicionais. Contudo, considerando que o pronunciamento da Corte se dá em prol da manutenção do estado normativo, os efeitos que dele emanarem devem se adequar à perspectiva de que o Tribunal se insere no processo público-deliberativo como mais um agente intérprete do projeto constituinte. No tópico anterior, esclareceu-se que tal projeto deve se manter aberto a uma reconstrução contínua, de modo a assegurar a incorporação dos espaços periféricos e das gerações passadas e futuras na arena de densificação pública. Por isso, uma decisão de constitucionalidade não pode impedir que o ato seja oportunamente devolvido ao escrutínio constitucional.

Na operacionalização dessa devolução, são usualmente colocadas duas indagações. A primeira diz respeito à possibilidade de, em seguida ao reconhecimento da constitucionalidade da norma, reformular-se o mesmo pedido de declaração de inconstitucionalidade, com base em parâmetro constitucional distinto daquele analisado pelo Tribunal. A segunda indagação está assentada na mesma possibilidade, mas no que se refere ao pedido de declaração de inconstitucionalidade com base em alterações na situação fática ou mudanças na compreensão do direito.⁸³

Para o Supremo Tribunal Federal, a resposta ao primeiro questionamento é negativa. Na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.896, o Relator, Ministro Sydney Sanches, pontua em seu voto que a cognição do plenário “independe da ‘causa petendi’ formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo (...) arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor”.⁸⁴ Nesses termos, a apreciação feita pelo Tribunal seria abrangente. Assim, a reiteração da impugnação anteriormente rejeitada, com base em fundamentos constitucionais que, embora não debatidos

⁸³ As duas indagações são colocadas por Teori Zavascki: “Descartado o cabimento da ação rescisória, subsistem, mesmo assim, duas vertentes de questionamentos. Uma, ligada ainda a fatos anteriores à sentença: declarada a constitucionalidade da norma, seria admissível um novo pedido de declaração de inconstitucionalidade à luz de fundamentos diversos dos invocados no julgado anterior? A outra diz respeito a eventos supervenientes: sobrevindo alteração do estado de fato ou de direito, com reflexos na vigência ou na própria constitucionalidade da norma validada pela sentença, como desfazer a força vinculativa da coisa julgada” (2001, p. 104).

⁸⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal (1999a, pp. 141-142). Igualmente, quando do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.967, o Ministro Octavio Gallotti asseverou que “é, notoriamente, aberta, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a causa de pedir, sempre presumivelmente dirimida perante todo o contexto da Carta Federal, não cabendo, pois, a reapreciação da legitimidade da mesma lei diante da abordagem inovada cada vez, pelo mesmo ou outro autor” (1999b, p. 187).

expressamente pelo Tribunal, poderiam ter sido arguidos à época do primeiro julgamento, não poderia ensejar a reabertura do espaço de cognição meritória.

Em crítica a essa compreensão, Bernardo Gonçalves Fernandes entende que a adoção da causa de pedir aberta importa na “fossilização” do Supremo Tribunal Federal, impossibilitando-o de reexaminar questões que, embora já decididas, continuam relevantes para o Estado e a sociedade (2014, pp. 1.157-1.160). A visão é partilhada por Emílio Meyer, Álvaro Souza Cruz e Eder Rodrigues, para os quais a jurisprudência do STF sobre o assunto não se sustenta frente às exigências colocadas pelo Estado Democrático de Direito (2012). De fato, na linha defendida no tópico 3.2, a abertura da jurisdição constitucional à esfera pública depende da possibilidade de reanálise das questões já apreciadas, não se podendo insistir em um referencial de encerramento dos debates. Nessa abordagem, pouco importa se o fundamento da reapresentação do pedido de declaração de inconstitucionalidade já foi objeto de exame pelo STF.

A segunda indagação diz respeito a modificações supervenientes no parâmetro fático-jurídico definido no julgamento precedente. Nesse contexto, é preciso perceber que a força normativa da declaração de constitucionalidade só se preserva se mantidos os pressupostos com base nos quais ela foi proferida. Novas emendas constitucionais, ocorrências de caráter ambiental, social, econômico ou executivo-administrativo, determinações exaradas por órgãos internacionais a cuja autoridade o país se submete, mudanças na compreensão sócio-político-jurídica do objeto ou do parâmetro de controle, tudo isso serve como fundamento para a reinstalação do debate atinente à compatibilidade de determinada norma com a Constituição.

Essas alterações suscitam, direta ou indiretamente, transformações no esquema de possibilidades interpretativas da questão anteriormente decidida. Quando se fala em “fato novo”, não se pode limitar a reabertura do exame judicial a uma lista predefinida e/ou exaustiva de condições e situações. Assim, deve-se rejeitar a visão reducionista encampada, por exemplo, por Teori Zavascki, segundo o qual os “fatos novos” se resumem a duas espécies estanques: modificações constitucionais formais (mudanças no estado de direito) e modificações substanciais de ordem social (mudanças no estado de fato) (2001, pp. 108-116). Isso porque, para efetivamente garantir que o Supremo Tribunal Federal se mantenha aberto a uma reconstrução hermenêutico-decisória, é necessário admitir, à luz de um rol abrangente de mudanças substantivas, a veiculação sempre renovável de pedidos de declaração de inconstitucionalidade. O “fato novo” expressa um novo prisma, uma nova identidade, um novo fundamento capaz de reposicionar as arestas da motivação considerada pelo órgão

juiz. Não há dúvidas de que, na ADPF nº 320, a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos cumpre satisfatoriamente essa função.

Assim, a própria divisão entre “fundamentos diversos” e “fatos novos” se mostra distorcível e, por esse motivo, hermeneuticamente questionável. A rigor, um argumento ao qual não se deu a devida atenção quando da primeira análise realizada pelo Supremo Tribunal Constitucional pode ser posteriormente apreendido como um fato redimensionado e, nessa perspectiva, absolutamente novo. Pensar a jurisdição constitucional como um espaço deliberativo de interpretação e realização do projeto constituinte – espaço esse que, embora repleto de especificidades, não detém o monopólio da guarda da Constituição – implica reconhecer que, no marco de uma identidade constitucional vazia e aberta à tessitura de um locus social dinâmico e plural, o direito posto pela decisão judicial só será justo e, por consequência, legítimo e juridicamente adequado, se permitir a construção de um provimento que se reconheça paradoxalmente como injusto, à luz de uma democracia *por vir*: impossível e, por conseguinte, inalcançável, mas de persecução necessária, por guardar um potencial que nunca se esgota. Nesse giro, a possibilidade de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser conservada como um recurso do potencial evolutivo do núcleo decisório frente aos avanços experimentados pela esfera pública.

À guisa de conclusão, sobre a eficácia vinculante da decisão em controle por via principal – a qual “obriga à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa” (Barroso, 2011, p. 226) –, vale lembrar que o plenário do Supremo Tribunal Federal não se afigura vinculado à diretriz fixada na decisão anterior, podendo reformular, refazer, revisar o entendimento pregresso. Nessa perspectiva, não obstante a tese adotada pela Procuradoria-Geral da República, não há quaisquer óbices a que a pretensão deduzida na ADPF nº 320 seja a reiteração da apresentada pelo Conselho Federal da OAB em 2010, incidindo em *bis in idem*. Em outras palavras, a arguição de descumprimento de preceito fundamental deflagrada em 2014 é também cabível na modalidade autônoma, no que tange ao pedido de declaração da inaplicabilidade da Lei 6.683 às graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura de 1964, em virtude da sua incompatibilidade com a Constituição de 1988.

PARTE 2
A ADPF Nº 320 ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 88 E A CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS

4 SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO NA ERA PÓS-NACIONAL⁸⁵

4.1 Soberania e Constituição para além do Estado Nacional: entre identidade e diferença

A petição inicial apresentada pelo PSOL ilumina, ainda que com alguma dificuldade, a problemática da relação entre um suposto direito alienígena e um suposto direito interno.⁸⁶ A questão é parcialmente assimilada também pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, no que concerne à defesa de um sistema de duplo controle dos atos normativos infraconstitucionais: as instâncias da constitucionalidade e da convencionalidade, consideradas autônomas e independentes entre si. Não há dúvidas de que a institucionalização dos chamados “marcos de diálogo” entre os aparatos constitucional e interamericano de proteção dos direitos humanos consiste na espinha-dorsal da discussão instaurada com o ajuizamento da ADPF nº 320. Entretanto, antes de proceder a uma análise crítica desses canais, é preciso contextualizar o debate relativo à dicotomia entre o direito concebido e aplicado no interior do Estado Nacional e o direito que, embora produzido em um ambiente exterior, é pretensamente aplicável ao sistema interno.

De certa forma, em um pano de fundo mais abrangente, o problema concreto institucionalmente colocado perante a jurisdição constitucional brasileira põe em evidência a profundidade e a relevância das modificações sofridas pelo constitucionalismo entre o final do Século XX e o início do Século XXI. Originariamente conectado às “transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna” (Neves, 2012,

⁸⁵ O adjetivo “pós-nacional” é adotado, neste trabalho, no sentido de um contexto no qual a esfera nacional, embora retenha um espaço de importância atuarial, não mais corresponde ao epicentro exclusivo de realização do projeto do constitucionalismo. Em referência à elaboração original de Habermas (1998), a nomenclatura é utilizada por Nico Krisch: “A distinção clássica entre as esferas doméstica e internacional (...) é crescentemente enfraquecida, por meio da multiplicidade de conexões formais e informais que se estabelecem no lugar antes ocupado por regras e categorias relativamente claras. Nesse sentido, o direito se torna ‘pós-nacional’ – a esfera nacional retém importância, mas deixa de ser a âncora paradigmática de toda a ordem jurídica” (2010, p. 4, tradução livre). No original: “The classical distinction between the domestic and the international spheres that had sustained them is increasingly blurred, with a multitude of formal and informal connections taking the place of what once were relatively clear rules and categories. In this sense, law has become ‘postnational’ – the national sphere retains importance, but it is no longer the paradigmatic anchor of the whole order”.

⁸⁶ Nesta dissertação, as acepções “internacional”, “supranacional” e “transnacional”, quando empregadas, seguem a terminologia adotada por Marcelo Neves (2012). Assim, o direito internacional tem acepção ampla, compreendendo qualquer dimensão jurídica que envolva, direta ou indiretamente, um plano de relação entre dois ou mais Estados. Já o conceito de supranacionalidade é restrito à “organização fundada em um tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros” (Neves, 2012, p. 152). Nessa delimitação, a União Europeia seria, a rigor, a única experiência jurídica supranacional. Por fim, consideram-se ordens transnacionais aqueles “constituídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos” (Neves, 2012, p. 187). Cuida-se de nomenclatura também utilizada por Günther Teubner (2012).

p. 23), o constitucionalismo é submetido hoje a um redimensionamento pós-nacional e para além do aparato estatal.⁸⁷

No contexto de então, o aumento da complexidade social importou na intensificação das pretensões de autonomização sistêmica das esferas de comunicação, levando a uma sociedade “multicêntrica” ou “policontextual” (Luhmann, 1987), na qual passaram a conviver variados campos orientados comunicativamente por códigos-diferença distintos.⁸⁸ Todavia, embora a sociedade moderna tenha despontado como “sociedade mundial”, e a despeito de a política não consubstanciar, para a Teoria dos Sistemas, um “lugar privilegiado da sociedade, mas um sistema em concorrência com outros” (Neves, 2012, p. 25), a concepção primária do constitucionalismo, no contexto das Revoluções do Século XVIII, está arrimada na formulação de uma “semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade” (Neves, 2012, p. 53) – resultando, dessa forma, no “acoplamento estrutural” responsável simultaneamente pelo estímulo e pela seleção das influências e irritações recíprocas entre os sistemas político e jurídico, com assento no Estado Nacional (que se manifesta, a partir de então, como Estado Constitucional) (Luhmann, 1993).⁸⁹

Com o advento da globalização, surgiram novas ordens jurídicas marcadas pela pretensão de se estabelecerem além ou até mesmo em face do núcleo estatal (Teubner, 1996, pp. 3-28; 2004, pp. 3-28). Nessa perspectiva, a “Constituição transversal” do Estado constitucional é alocada em um entrecruzamento no qual “é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, transnacionais e supranacionais” (Neves, 2012, p. 83). Com isso, emerge uma “nova questão constitucional”:

Nos últimos anos, uma série de escândalos públicos deu vida à “nova questão constitucional”. Corporações multinacionais violam direitos humanos; a Organização Mundial do Comércio toma decisões prejudiciais ao meio-ambiente ou à saúde humana em nome do livre comércio mundial; há doping no esporte e corrupção na medicina e na ciência; intermediários particulares ameaçam a liberdade

⁸⁷ Para um apanhado geral da crise no modelo moderno de constitucionalismo, cf. Teubner (2012, pp. 1-14) e Neves (2012, pp. 83-113).

⁸⁸ Sobre o advento da sociedade moderna multicêntrica, cf. Neves (2012, pp. 22-34).

⁸⁹ Para uma análise da realização da Constituição no “nível estrutural”, a partir das Revoluções do Século XVIII, cf. Grimm (2004, pp. 145-167), Luhmann (1993, p. 470) e Neves (2012, pp. 53-62). No tocante à noção de “Constituição transversal do Estado constitucional”, Marcelo Neves sustenta que, além do conceito de “acoplamento estrutural”, a Constituição deve ser compreendida como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica” (2012, p. 62). O desdobramento da noção de “Constituição transversal” no contexto do Estado constitucional e para além dele será enfrentado no tópico 6.1.

de consciência na Internet; ocorrem invasões massivas de privacidade por meio de coletas de dados no âmbito de organizações privadas; e recentemente, com um impacto particular, mercados financeiros globais têm alimentado riscos catastróficos. (...). Comparados às questões constitucionais dos séculos XVIII e XIX, os problemas de hoje são diferentes, mas não menos importantes. A preocupação de então era liberar as energias do poder político nos Estados nacionais e concomitantemente limitá-las de maneira eficiente. Com a nova questão constitucional, a preocupação é liberar energias sociais bem diferentes – particularmente visíveis na economia, mas igualmente na ciência, na tecnologia, na medicina e na nova mídia – e conter eficazmente seus efeitos destrutivos. Atualmente, essas energias – tanto produtivas quanto destrutivas – têm tomado forma em esferas além do Estado nacional (Teubner, 2012, p. 1, tradução livre).⁹⁰

A percepção dessa “nova questão” nas articulações da institucionalidade constitucional contemporânea impõe primeiramente a superação da relação entre os monismos e o dualismo na interação entre direito internacional e direito interno. Com a internacionalização de uma série de questões tipicamente constitucionais e o fortalecimento dos órgãos internacionais de realização da democracia e dos direitos fundamentais, sobretudo no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a dicotomia clássica entre dualistas e monistas se torna “ociosa, supérflua, dispensável, e sem resultados práticos ao menos no tocante à operação d[os] (...) tratados e instrumentos de proteção [dos direitos humanos]” (Cançado Trindade, 2003b, pp. 539-540).

Com efeito, tal categorização não revela a integralidade da controvérsia que envolve a apropriação da “nova questão constitucional”. Segundo Günther Teubner, a crise do constitucionalismo moderno é nomeadamente atribuída à transnacionalização e à privatização dos espaços de emergência e assimilação dos problemas constitucionais.⁹¹ A partir desse diagnóstico, os estudiosos se redividem em dois novos grupos. Um lado apregoa que a recuperação da essência e dos avanços do constitucionalismo ocidental, lançado pelos movimentos políticos dos Séculos XVIII e XIX, depende enormemente do fortalecimento das instituições estatais tradicionais, mediante a renacionalização e a repolitização das questões

⁹⁰ No original: “During the last few years, a series of public scandals has raised the ‘new constitutional question’. Multinational corporations have violated human rights; the World Trade Organization has made decisions that have endangered the environment or human health in the name of global free trade; there has been doping in sport and corruption in medicine and science; private intermediaries have threatened freedom of conscience on the Internet; there have been massive invasions of privacy through data collection by private organizations; and recently, with particular impact, global capital markets have unleashed catastrophic risks. (...). Compared to the constitutional questions of the 18th and 19th centuries, the problems of today are different, but no less important. Then the concern was to release the energies of political power in nation states and at the same time to limit that power effectively. With the new constitutional question, the concern is to release quite different social energies – particularly visible in the economy, but also in science and technology, medicine and the new media – and to effectively limit their destructive effects. Today, these energies – both productive and destructive – are being unleashed in social spheres beyond the nation state”.

⁹¹ Teubner pontua que os escândalos que evidenciam a “nova questão constitucional” “alimentam um debate pautado em um diagnóstico de crise das Constituições modernas, atribuindo-se culpa à transnacionalização e à privatização” (2012, p. 2, tradução livre). No original: “These scandals have sparked a debate that diagnoses a crisis of modern constitutions, with transnationalization and privatization to blame”.

constitucionais (Grimm, 2010, pp. 3-22; Loughlin, 2010, pp. 47-72). Isso porque não haveria, no âmbito pós-estatal (internacional, supranacional e transnacional), qualquer instituto propriamente equivalente à Constituição do Estado Nacional moderno, em vista da inexistência de condições sócio-estruturais de possibilidade político-fundacional. O outro lado, a seu turno, embora compartilhe da mesma constatação de crise, defende que a realização do novo constitucionalismo democrático exige a sua consolidação em nível mundial, mediante a constitucionalização do Direito Internacional e a estruturação de uma esfera pública de escala global (Habermas, 2002b, p. 131; 2006, pp. 115-193; Kumm, 2010, pp. 201-219; 2013, pp. 605-628).

Em importante reflexão sobre o tema, Mattias Kumm separa as posições que permeiam o debate reinaugurado nas últimas décadas do Século XX com base na seguinte categorização: a posição da nostalgia constitucional, em uma direção, e a posição do triunfalismo constitucional, na direção contrária (2010, pp. 201-209). A perspectiva nostálgica está lastreada em um “estatismo democrático”, no qual se reconhece um paradigma de constitucionalismo conectado às noções tradicionais de Estado e soberania. Por assim dizer, o “estatismo democrático” suscita uma certa nostalgia, porquanto supõe a realização do projeto universal do Estado Democrático de Direito apenas no contexto do Estado Nacional moderno. A postura triunfalista, por outro lado, se arrima em uma “concepção prática do constitucionalismo”, segundo a qual o Estado, embora relevante, não traduz o único espaço dotado dos elementos práticos necessários à realização do projeto universal do constitucionalismo moderno (Kumm, 2010, pp. 201-219).

A despeito de a corrente triunfalista assumir, especialmente em meio aos publicistas da nova geração, um espaço de prevalência, a formulação mais sofisticada desse direcionamento é, ainda hoje, a formulada por Jürgen Habermas. Para Habermas, a dialética concernente à assimilação da Constituição e da soberania do Estado precisa ser revista, tendo em vista as modificações operadas pela globalização nas esferas comunicativas da sociedade civil, da política e da economia.⁹² Essas modificações importam em uma reestruturação tanto da soberania interna quanto da soberania externa do Estado Nacional, nas acepções do Século XVIII. “Soberania interna pressupõe a capacidade de imposição da ordem jurídica estatal; soberania externa, a capacidade de autoafirmação em meio à concorrência ‘anárquica’ pelo poder entre os Estados” (Habermas, 2002c, p. 131).

⁹² Com base em Anthony Giddens, Habermas formula o seguinte conceito de globalização: “o adensamento, em todo o mundo, de relações que têm por consequência efeitos recíprocos desencadeados por acontecimentos tanto locais quanto muito distantes” (2002c, p. 144).

No âmbito “interno”, a rapidez e a intensidade com que os fluxos comunicativos atravessam hoje os espaços físicos da política nacional acaba por comprometer o controle tradicionalmente exercido pelo Estado no interior de suas “fronteiras territoriais e sociais” (Habermas, 2002c, p. 144). Em uma perspectiva “externa”, o colapso do “equilíbrio das potências”, a “guerra total” e, posteriormente, o esgotamento da balança bipolar entre os mundos ocidental e soviético ao mesmo tempo possibilitaram e forçaram, gradualmente ao longo do Século XX, que se criassem e fortalecessem instituições de alcance internacional, a maioria delas voltada à garantia da paz mundial e à proteção da dignidade humana. De um lado, a mitigação da capacidade de ação do Estado Nacional implica fortes restrições à soberania interna; do outro, os avanços vividos pela comunidade internacional representam uma “superação” do Estado Nacional, com o esvaziamento da sua soberania externa. Diante desse quadro, Habermas apresenta uma proposta travestida em questionamento:

[Há] outra maneira de ler a questão, segundo a qual o Estado nacional teria sido antes “suprassumido”, e não extinguido. Mas seu conteúdo normativo também poderia ser suprassumido? A essa noção luminosa das figuras capazes de agir em um plano supranacional e capazes de dar condições às Nações Unidas e a suas organizações regionais para que iniciem uma nova ordem mundial e uma nova ordem econômica global, segue no entanto a sombria e inquietante pergunta: resta saber se uma formação democrática de opinião e vontade realmente poderá alcançar a força vinculativa necessária, mais além da fase de integração ligada ao Estado nacional (Habermas, 2002c, p. 151).

Não se ignora que o projeto iluminista, em sua conformação originária, está ligado à estrutura do Estado Nacional. Embora a emancipação antropológica, a valorização racional e a desconstrução das identidades feudais calcadas no arrimo familiar e na religião traduzam perspectivas de vocação universal, exatamente por se basearem na liberdade e na igualdade como categorias transcendentais da autonomia humana, é certo que, em sua configuração primária, não se podia dissociar o programa de realização de uma comunidade de homens livres e iguais das balizas identitárias do Estado Nacional. Isso porque

A busca universal pela liberdade e pela igualdade exige o compartilhamento de um princípio comum de identidade. De forma a ser suficientemente determinada para sustentar relações recíprocas plausíveis, tal identidade não pode se estender exageradamente, nem se mostrar demasiadamente fina ou tênue. Por um lado, o requisito identitário foi forçado a se dissociar das identidades familiares, tribais, religiosas e feudais, inteiramente incompatíveis com as concepções modernas de liberdade e igualdade; lado outro, tal identidade precisou se ligar ao Estado Nacional, de forma a possibilitar que a liberdade e a igualdade fossem realizadas para além de meras abstrações (Rosenfeld, 2007, p. 163, tradução livre).⁹³

⁹³ No original: “The pursuit of liberty and equality for all requires sharing a common bond of identity. And to be sufficiently determinate to sustain plausible reciprocal relationships, such identity could not extend too far, lest it become too thin and too tenuous. On the one hand, the requisite identity had to be loosened from familial, tribal,

Nas circunscrições do Estado, a relação que a identidade constitucional estabeleceu com as identidades nacionais, étnicas, linguísticas e culturais possibilitou a sedimentação da estrutura e da vivência da Constituição. Todavia, essa conjuntura do passado afigura-se, como já verificado, em profunda crise, haja vista as transformações impingidas pela globalização, sobretudo a partir das últimas décadas do Século XX. Como garantir, frente a essas mudanças, a realização do projeto iluminista de racionalização e proteção da pessoa humana?

A tese do agir comunicativo leva à reconstrução do direito positivo à luz de um paradigma jurídico escorado no procedimento democrático (Habermas, 1992). Nessa perspectiva, a legitimidade dos comandos jurídicos afigura-se adstrita à sua aptidão ao atendimento de critérios materiais universais, tal como o respeito aos direitos humanos, no sentido de uma autonomia pública que se realiza em equiprimordialidade à autonomia privada dos agentes comunicativos. Trata-se de defesa, no entrecruzamento entre as tradições liberal e republicana, que se vocaciona à solução dos dois principais problemas relativos à assimilação da bagagem do Iluminismo: a instrumentalização da razão e o desencantamento com o modernismo, patologias que Habermas reputa extrínsecas à proposta iluminista.

Com a intensificação da globalização em níveis múltiplos, o projeto comunicativo de deliberação pública passa a se escorar em preceitos normativos transnacionais, com base em uma solidariedade para além do Estado Nacional. Nesse giro, a realização do autogoverno comunicativo se assentaria em uma ordem cosmopolita construída com lastro em uma esfera pública global e a partir do engajamento por um patriotismo constitucional capaz de suplantar os nacionalismos e seus efeitos (Habermas, 2008, pp. 444-455). Em Habermas, esse patriotismo constitucional traduz a “construção, ao longo do tempo, de uma *identidade constitucional plural*, advinda de um processo democrático constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além de contextos socioculturais específicos” (Cattoni de Oliveira, 2013, p. 139, destaque nosso). Esse comprometimento universal, cuja validade independeria das diferenças culturais e identitárias, consistiria no alicerce da constelação pós-nacional, o referencial com base no qual o equilíbrio entre os sistemas comunicativos seria restaurado em âmbito global (Habermas, 1998).

Em seu diálogo com Dieter Grimm, Habermas, tendo como pano de fundo o contexto da União Europeia, aposta na viabilidade de uma governança internacional, cuja aderência dependeria da concepção de uma esfera pública em escala global (2002a, pp. 183-190; 2002b,

religious, and feudal identities inimical to modern conceptions of liberty and equality; on the other hand, such identity had to be fastened to the nation-state for liberty and equality to amount to more than mere abstractions”.

pp. 153-182). Por isso, segundo ele, “o próximo impulso no sentido da integração numa sociabilização pós-nacional não depende do substrato de algum ‘povo europeu’”. O que estaria em jogo, na verdade, é a institucionalização de “redes de comunicação de uma opinião pública política de alcance europeu, enfronhada numa cultura política comum, sustentada por uma sociedade civil com associações de interesses, associações não-governamentais, iniciativas e movimentos civis, (...)” (Habermas, 2002b, p. 182). A consolidação de canais comunicativos efetivos para além do Estado Nacional possibilitaria a superação dos entraves econômicos e políticos decorrentes das crises vividas pela soberania tradicional:

A abertura do mundo da vida deve seguir, na linha da visão adotada por Habermas, um reajuste de valores e normas e um redesenho dos limites do horizonte de interação coletiva, de tal forma a possibilitar uma articulação justa e trabalhável com um sistema global de mercado em ininterrupta expansão.

(...).

Em análise final, Habermas espera que, pelo controle da globalização mediante a aplicação de normas comunicacionais e estruturas e processos institucionais, será possível vencer a fragmentação do espaço global (...). No nível institucional, a visão habermasiana está ligada a um governo transnacional baseado no modelo da União Europeia, em conjugação com um protótipo de governança internacional, sem que isso implique um governo internacional. Em termos normativos, a proposta traduz as mais elevadas aspirações constantes do projeto do Iluminismo: a busca racional da liberdade e da igualdade para todos. Finalmente, para estender a identidade e a preocupação com o “outro” para além do Estado Nacional, Habermas lança mão do conceito de patriotismo constitucional. Se, na escala do Estado Nacional, as formas e a estrutura constitucionais ganham vida à luz da identidade nacional, da eticidade, da linguagem, da cultura e da tradição comum, Habermas aposta que, na escala transnacional, o comprometimento com o constitucionalismo em si será suficiente para erguer uma ordem constitucional transnacional (Rosenfeld, 2011c, pp. 278-279, tradução livre).⁹⁴

A propagação de uma identidade plural por meio da afirmação, em âmbito mundial, de um patriotismo constitucional permitiria a *inclusão* do “outro”, o que resultaria na assimilação das diferenças e na redução das desigualdades comunicativas. Isso importa em sustentar que a reinvenção do constitucionalismo moderno, em prol da preservação e da plenipotencialização, na Era Pós-Nacional, dos ideais de racionalização do poder e valorização da pessoa humana,

⁹⁴ No original: “Such opening, moreover, should be followed, consistent with Habermas’s vision, by a readjustment of values and norms and a redrawing of the boundaries of the horizon of collective interaction, such that would allow for a fair and workable engagement with an ever-expanding global market system. (...). In the last analysis, Habermas’s hope is that by taking control over globalization through application of communicatively redeemed norms and institutional structures and processes we will be able to defeat fragmentation (...). At the institutional level, Habermas’s vision calls for transnational government based on a vision of perfectibility of the European Union model coupled with international governance, but not international government. Moreover, at the normative level, it is to the highest aspirations of the Enlightenment project itself, the rational pursuit of liberty and equality for all, that Habermas turns. Finally, to extend the lifeworld, identity, and concern for the other beyond the confines of the nation-state, Habermas has recourse to the concept of constitutional patriotism. If on the scale of the nation-state, it is national identity, ethnicity, language, culture, and a common tradition that infuse the breath of life into constitutional forms and structures, Habermas’s bet is that on the transnational scale, it is commitment to constitutionalism itself that will bring a transnational constitutional order to life”.

encontra-se, em Habermas, na expansão dos sistemas comunicativos a um estágio global aberto e inclusivo.

Essa abordagem, embora consciente do problema que enfrenta, não consegue suplantar as críticas elaboradas por Jacques Derrida e Michel Rosenfeld. A investida derridiana é explorada a seguir, ao passo que a formulação de Rosenfeld, em diálogo simultâneo com Habermas e Derrida, é dissecada no tópico 4.3.

Derrida é conhecido, nos espaços acadêmicos da segunda metade do Século XX, como o filósofo da desconstrução, na medida em que propõe uma abordagem crítico-reflexiva calcada na desmontagem das heranças filosóficas recebidas e assimiladas pelos intérpretes do presente. Para o autor francês, é preciso *rastrear* a essência do pensamento filosófico a partir de um exercício aberto de reflexão, destituído das amarras sedimentadas pelo fechamento científico das correntes precedentes. A sua “gramatologia” (ou “ciência do rastro”) está comprometida com o desmantelamento dos pilares não problematizados da filosofia humana, engastados como “pedras estruturais” e preservados em vista de uma economia conceitual. Por trás desse empreendimento está a assertiva de que toda teoria consiste em uma construção, realizada a partir de um plexo ficcional de relações cognitivas fechadas (isto é, não abertas à problematização). A desconstrução aparece, nesse contexto, como uma ferramenta de dissecação da violência com que as linhas de pensamento filosófico se enclausuram. Cuida-se de perspectiva que tem como escopos iluminar e demolir os espaços escuros com base nos quais as teorias ao mesmo tempo se fecham e, nesse fechamento, estabelecem sua vocação à universalização e à objetividade (Derrida, 2008).

Em 1989, por ocasião do colóquio “Deconstruction and the possibility of justice”, organizado pela *Benjamin N. Cardozo School of Law*, Derrida empreende uma “virada ética”.⁹⁵ A principal questão então merecedora de enfrentamento está sucintamente traduzida no título do evento: há alguma possibilidade de alcance da justiça pelo enfoque desconstrutivo? A resposta de Derrida se esteia na tese de que a justiça traduz uma experiência necessária do impossível, ou, nas palavras do próprio autor, “a experiência de uma aporia”. A constatação de que o problema da possibilidade da justiça enseja uma infinidade de indagações e perplexidades está ligada a duas premissas. A primeira é a de que, embora a experiência importe essencialmente em uma travessia do possível, em “algo transversal, algo (...) que viaja em direção a um destino para o qual encontra uma passagem apropriada”, a aporia expressa um destino “que não comporta passagem”, como “um não-

⁹⁵ Na oportunidade, Derrida apresenta o texto “Force of law: the ‘mystical foundation of authority’” (1992, pp. 3-67).

caminho”. Nesses termos, “a justiça seria uma experiência impossível de ser experimentada” (Derrida, 1992, p. 16, tradução livre).⁹⁶ A despeito disso, a teor da segunda premissa, a justiça só efetivamente se realiza na experimentação dessa aporia. Segundo Derrida, “uma vontade, um desejo, uma demanda cuja estrutura não se arrima na experiência de uma aporia não pode ser encarada como uma reivindicação por justiça” (1992, p. 16, tradução livre).⁹⁷ Como o direito é uma construção lastreada em um sistema conceitual ficcional, a sua implementação não guarda, a princípio, uma relação ontológica com a experimentação da justiça. Porém, o jurídico aspira ao alcance do justo, dependendo da busca pelo impossível.

Desconstrução é justiça. É talvez em razão de o direito (*droit*) (que eu tentarei consistentemente distinguir da justiça) ser construível, em um sentido que supera a oposição entre convenção e natureza, é talvez na medida em que o direito suplanta essa dicotomia que ele se mostra construível ou desconstruível e, além disso, torna possível a desconstrução, ou ao menos a prática da desconstrução que, fundamentalmente, sempre resulta em questões de direito ou sobre a substância do direito. (1) A desconstruibilidade do direito (*droit*), da juridicidade, legitimidade ou legitimação (por exemplo) torna possível da desconstrução. (2) A indeconstruibilidade da justiça também torna possível a desconstrução, mostrando-se inseparável dela. (3) O resultado: a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indeconstruibilidade da justiça da desconstruibilidade do direito (autoridade, legitimidade, etc.). É possível como a experiência do impossível, de modo que, mesmo a justiça não existir (ou não existir ainda, ou nunca existir), haverá justiça (Derrida, 1992, p. 15, tradução livre).⁹⁸

A impossibilidade da justiça se deve à impossibilidade de o “eu” se colocar inteiramente no lugar do “outro”, de modo a “dirigir-se ao outro na língua do outro”, sem se apropriar dessa língua e torná-la algo seu. Nesses termos, o uso da desconstrução por Derrida, para o equacionamento da relação entre direito, justiça e violência, está diretamente ligado à defesa da imperatividade e da irredutibilidade da diferença entre o “eu” e o “outro”. Cuida-se

⁹⁶ Excertos extraídos do seguinte trecho no original: “As its name indicates, an experience is a traversal, something that traverses and travels toward a destination for which it finds appropriate passage. The experience finds its way, it passes, it is possible. And in this sense it is impossible to have a full experience of aporia, that is, of something that does not allow passage. An aporia is a non-road. From this point of view, justice would be the experience that we are not able to experience”.

⁹⁷ No original: “A will, a desire, a demand for justice whose structure wouldn’t be an experience of aporia would have no chance to be what it is, namely, a call for justice”.

⁹⁸ No original: “Deconstruction is justice. It is perhaps because law (*droit*) (which I will consistently try to distinguish from justice) is constructible, in a sense that goes beyond the opposition between convention and nature, it is perhaps insofar as it goes beyond this opposition that it is constructible and so deconstructible and, what’s more, that it makes deconstruction possible, or at least the practice of a deconstruction that, fundamentally, always proceeds to questions of *droit* and to the subject of *droit*. (1) The deconstructibility of law (*droit*), of legality, legitimacy or legitimation (for example) makes deconstruction possible. (2) The undeconstructibility of justice also makes deconstruction possible, indeed is inseparable from it. (3) The result: deconstruction takes place in the interval that separates the undeconstructibility of justice from the deconstructibility of *droit* (authority, legitimacy, and so on). It is possible as an experience of the impossible, there where, even if it does not exist (or does not yet exist, or never does exist), *there is justice*”.

de perspectiva que remonta à máxima, em Aristóteles, de que a justiça exige que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais, diferenciadamente.⁹⁹

Em sua formulação dessa ideia, Derrida estabelece a necessidade *impossível* de realização simultânea da regra geral e da exceção. De um lado, a justiça reclama a realização da igualdade entre o “eu” e o “outro”, mediante a efetivação do preceito geral da equidade e da isonomia; lado outro, a diferença entre esse “eu” e esse “outro” afigura-se, na radicalidade, intransponível, devendo ser preservada e potencializada. Nessa tensão, o alcance do justo em si mesmo mostra-se ao mesmo tempo necessário e impossível. No manuseio do direito, compreendido como um conjunto de normas e exceções prévia, abstrata e generalizadamente concebidas, a busca simultaneamente indispensável e irrealizável por justiça culmina em duas situações: a da inafastabilidade da injustiça e, por consequência, a da inevitabilidade da violência, já que a perseguição do justo pelo direito implica a coação do “outro” a agir em detrimento de sua identidade (Derrida, 1992, pp. 3-67).

Não obstante a aproximação entre a postura desconstrutiva de Derrida e o enfoque assumido pela *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos, sobretudo no que concerne à perspectiva negativa com que ambas encaram a dicotomia entre direito e justiça e a distinção, arbitrária por natureza, entre a norma geral e suas exceções, há duas importantes distinções que merecem ser destacadas.¹⁰⁰ Em primeiro lugar, a impossibilidade de alcance completo da justiça se deve, na linha adotada pela *Critical Legal Studies*, à prevalência das relações de poder, ao passo que, para Derrida, a realização do justo é ontologicamente impossível, em virtude da intransponibilidade e da insuperabilidade da diferença entre o “eu” e o “outro”. Em acréscimo, as correntes se distanciam especialmente em razão da dimensão ética da desconstrução. Isso porque, a despeito de ambas conceberem a justiça como inalcançável, em Derrida há o dever premente e indobrável de persegui-la (Derrida, 1992, pp. 3-67).

Segundo Rosenfeld, a proposta derridiana se baseia na confluência de dois panoramas ético-filosóficos distintos: a necessidade de estabelecimento de vínculos de identidade com o “outro”, à luz do universalismo e do idealismo transcendental de Kant, e a exigência de considerar, respeitar e plenipotencializar as diferenças que definem esse “outro”, com esteio no reconhecimento, com Nietzsche e Heidegger, da diversidade, da complexidade e da vitalidade da experiência humana como dimensões incapturáveis pela razão (Rosenfeld, 2005, pp. 821-822; 2011a, pp. 251-270).¹⁰¹ Sobre a relação entre direito e justiça, projetada sobre a

⁹⁹ Sobre a base aristotélica da ideia de justiça em Derrida, cf. Rosenfeld (2005, p. 819).

¹⁰⁰ Trata-se de análise feita por Rosenfeld (2005, pp. 820-821).

¹⁰¹ Segundo Rosenfeld, “em uma simplificação que captura o essencial, a desconstrução derridiana da justiça como necessária mas impossível combina o universalismo kantiano e o imperativo categórico, de um lado, e a

“ponte” ao mesmo tempo necessária e intransponível que se busca estabelecer entre os mencionados panoramas, Rosenfeld pontua, em referência a Derrida, que “devem-se produzir normas jurídicas com o intuito de alcançar a justiça, mas essas normas jamais lograrão esse êxito, já que é impossível dar completa expressão ao mesmo tempo à regra geral relevante e a todas as possíveis exceções individuais pertinentes” (Rosenfeld, 2005, p. 822, tradução livre).¹⁰² Cuida-se de quadro no qual a possibilidade e a impossibilidade da justiça traduzem dimensões em constante articulação.

Ao lado da tensão entre direito e justiça, Derrida concebe as tensões entre tolerância e hospitalidade, entre globalização e cosmopolitismo e entre a democracia realizada, calcada na persecução racional da vontade da maioria, e a democracia *por vir*, escorada no tratamento igualitário (e impossível) da singularidade completa de cada pessoa em um âmbito deliberativo global (Derrida, 1992, pp. 3-67; 2000; 2008; Borradori, 2003, pp. 137-172). À luz do tema-problema examinado nesta dissertação, a análise dessas tensões se mostra indispensável para a compreensão da crítica feita por Derrida ao enfoque assumido por Habermas.

A tolerância traduz uma virtude de ascendência católica, organicamente baseada na aceitação do “outro” (Rosenfeld, 2005, p. 828). Segundo Derrida, não se cuida exatamente de uma postura de consideração do “outro” como um interlocutor em pé de igualdade, mas de uma aceitabilidade condicionada dos desvios e erros desse “outro”. Isso porque o “eu” que tolera o “outro” se arvora em uma posição de domínio da verdade, usualmente ligada a um arranjo de poder, a partir da qual admite, por concessão, a *não verdade* do “outro”, que é subjugado politicamente. É precisamente essa expressão que Derrida percebe na defesa habermasiana da “inclusão do outro”, já que, ao incluir o “outro”, o “eu” simplesmente o

perspectiva em Nietzsche/Heidegger de que a experiência humana, viva e em constante evolução, por sua diversidade complexa e vitalidade infinita, não pode ser precisa nem completamente capturada tampouco dominada pela razão, do outro lado. Em outras palavras, quando Derrida, o filósofo da diferença, volta-se à ética, ele se depara instantaneamente com um chamado normativo poderoso por um vínculo comum de identidade entre o ‘eu’ e o ‘outro’ – vínculo que Kant estabelece no nível do idealismo transcendental – e a obrigação de lidar com a profusão de diferenças percebidas no ‘outro’, em sua irreducibilidade, muito embora o ‘eu’ consiga enxergar apenas uma parcela dessa diversidade” (2005, pp. 821-822). No original: “To oversimplify while capturing the essential, Derrida’s deconstruction of justice as necessary but impossible combines Kantian universalism and the categorical imperative, on the one hand, with the Nietzschean/Heideggerian insight that the living constantly evolving experience that confronts us in all its complex diversity and vitality can never be neatly captured much less mastered by reason, on the other. In other words, when Derrida the philosopher of difference turns to the ethical, he encounters at once the strong normative call for a common bond of identity between self and other – a bond that Kant establishes at the level of transcendental idealism – and the obligation to account for the full panoply of differences of the irreducible other, though the self can at best have a partial glance into the diversity at stake”.

¹⁰² No original: “one may craft laws with the intent of achieving justice, but these laws are bound to fall short as it is impossible to give full expression at once to the relevant general rule and to all its pertinent individualized exceptions”.

tolera, mantendo como exclusivamente seu o sistema no qual o “outro” é admitido. Em face dessa tolerância, Derrida apresenta a virtude da hospitalidade, que consiste em uma atitude de acolhimento incondicionado e espontâneo do “outro” no seio da casa, da comunidade e da esfera político-deliberativa do “eu”. A tolerância pressupõe a redução do “outro” a um objeto de condescendência, ao passo que, pela hospitalidade, o “eu” e o “outro” se reconhecem e se recebem igualmente como autores e leitores do mundo da vida. Nesse enquadramento, a hospitalidade plena e incondicional, embora politicamente impossível, mostra-se eticamente mandatária (Derrida, 2000; Borradori, 2003, pp. 137-172).

A globalização, por sua vez, constitui um empreendimento essencialmente direcionado à derrubada das barreiras físicas e virtuais entre as nações e os povos, sendo comumente concebida como uma iniciativa de busca pela liberdade e pela igualdade universais. Contudo, conforme pontua Derrida, a premissa assumida pelos fluxos globalizantes é inteiramente distinta, porquanto subentende a imposição social, econômica e política de uma visão de mundo e de um modo de vida específicos sobre a suposta totalidade dos espaços identitários em nível mundial. É inegável que o projeto da globalização, no que se refere à integração da economia e à institucionalização de parâmetros internacionais para os direitos humanos básicos e as políticas públicas, está umbilicalmente amarrado a uma insurgência de negação da segregação, da discriminação e da exclusão. Todavia, a proliferação e o assentamento de uma vertente unificada de práticas e pensamentos, fortalecidos pelo manejo das novas tecnologias, importa na afirmação do poderio econômico e geopolítico de determinados Estados e setores sociais. Há, portanto, uma contradição que perpassa por todo o arcabouço do empreendimento globalizante, na medida em que o delineamento de um espaço discursivo verdadeiramente cosmopolita dá frequentemente lugar à colonização informacional. Nessa tensão, a projeção feita por Derrida contrasta a globalização com o cosmopolitismo, que é um ideal de base kantiana – e, por isso mesmo, aspiração essencialmente iluminista –, consubstanciado na efetivação de uma rede pós-nacional autenticamente comprometida com a cidadania em uma arena global (Derrida, 1992, pp. 3-67; 2008; Borradori, 2003, pp. 137-172).

Esse cosmopolitismo implica o comprometimento com a realização da democracia em nível mundial. Apesar disso, essa democracia realizada, ainda que disseminada pela reflexão cosmopolita, não se confunde com a consolidação material da convivência plena entre todas as pessoas do mundo, isto é, o ideal da plenitude da igualdade entre os interlocutores discursivos, efetivamente incluídos no espaço público, e, conseqüentemente, do reconhecimento recíproco das diferenças que marcam as suas singularidades identitárias,

abertas, na arena igualitária, à emancipação e à plenipotencialização. Exatamente em virtude da impossibilidade de implementação completa desse ideal, Derrida o apresenta como a democracia *por vir*, que é um empreendimento inalcançável, mas dotado de um potencial que jamais se esgota (Derrida, 1992, pp. 3-29). Nesse marco, o exercício da soberania na Era Pós-Nacional, marcada pela busca do cosmopolitismo, se situa no entrecruzamento entre a aspiração globalizante de um poder comunicativo igualmente distribuído em uma esfera pública mundial e a realização das exigências inerentes às diferenças que definem a comunidade internacional, as quais ainda se veem materializadas no âmbito do Estado Nacional.

Assim, a aposta em uma constelação pós-nacional redondamente amparada em um patriotismo constitucional desligado das particularidades culturais se mostra um tanto quanto inconsistente, na medida em que ignora a irredutibilidade e a intransponibilidade das diferenças entre o “eu” e o “outro”. É desse primeiro entrave que provêm as outras dificuldades atinentes à assimilação atual da relação entre direito interno e direito internacional, entre Estado Nacional e ordem pós-nacional, entre a democracia estatista e a política deliberativa na esfera pública global. Na perspectiva de um direito para além da política dos Séculos XVIII e XIX, a pretensão efetiva de justificar a legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no tocante a normas e orientações com relação às quais os Estados não manifestaram sua concordância expressa, não pode resultar na perquirição de um pluralismo inclusivo, no qual o “eu” tolera e admite o “outro” em seu sistema fechado, mas de um pluralismo plurilateral, erguido a partir do encontro espontâneo entre o “eu” e o “outro”.

4.2 Nós, o povo: o paradoxo do poder constituinte e a transformação do direito

À luz das elaborações enunciadas no tópico anterior, como conceber o significado da Constituição e do poder constituinte na Era Pós-Nacional? Como fenômeno relativamente recente na história política das comunidades ocidentais, a constitucionalização do poder não se confunde com a sua juridificação. Constitucionalizar é muito mais que juridificar, uma vez que a estabilização do acoplamento estrutural entre direito e política, decorrente da complexificação social que marca o advento da modernidade, importou inicialmente na estratificação e na conseqüente hierarquização do sistema jurídico positivo. Isso implica dizer que a Constituição moderna adquire o *status* de norma suprema, cuja alteração reclama a observância a um procedimento legislativo fundamentalmente mais rigoroso que o

estabelecido para a elaboração e a modificação da lei. Abandonando a divisão normativa pré-moderna entre direito divino e direito secular, a nova configuração se escora na ideia de nação, posteriormente metamorfoseada na figura do povo.

O desenho originário é do abade Emmanuel Joseph Sieyès, para quem o encaminhamento da Constituição do Estado e da sociedade cumpre exclusivamente à nação, já que só a nação não pode estar, não deve estar e, por isso mesmo, “não está submetida a uma Constituição” (2009, p. 56). Daí a conclusão de que, embora, em regra, o poder só resulte em uma expressão propriamente real se for constitucional, “a vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade” (Sieyès, 2009, p. 56). Apesar da diferença de abordagem, Alexander Hamilton assume a mesma ordem de ideias ao anotar, no *Federalista* nº 78, que o Poder Judiciário deve desempenhar a importante função de declarar a nulidade de todo e qualquer ato contrário à Constituição.¹⁰³ A premissa dessa defesa – que é, diga-se de passagem, anterior à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* – está na percepção de que nenhum ato legislativo incompatível com a Constituição pode ser válido. Segundo Hamilton, “negar essa premissa importaria em afirmar que o vice é maior que o titular; que o servo está acima de seu mestre; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo” (1788, p. 225, tradução livre).¹⁰⁴ Assim, vê-se que a supremacia constitucional está atrelada à transformação moderna das noções de direito e de poder.

O conceito de poder constituinte emerge dessa transformação. Em virtude da impossibilidade de justificar a hierarquia normativa à luz de princípios pré-modernos, o constitucionalismo adota a soberania popular como base de legitimação do direito. Nesse

¹⁰³ No desdobramento desse raciocínio, Hamilton escreve que não se pode presumir que “o corpo legislativo seja ele mesmo o juiz constitucional de seus próprios poderes”, já que “não se pode supor que a Constituição permita que os representantes do povo aponham sua vontade no lugar da de seus constituintes”. Por esses motivos, considerando que “a interpretação das leis traduz tarefa própria e peculiar dos tribunais” e que “a Constituição é, de fato, e deve ser reputada pelos juizes como a lei fundamental”, “pertence aos magistrados a função de definir seu significado, assim como o significado de qualquer ato derivado do corpo legislativo” (1788, pp. 225-226, tradução livre). Os excertos foram extraídos do seguinte trecho no original: “If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body”.

¹⁰⁴ No original: “No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves”.

interim, a Constituição é primariamente concebida como criação e expressão da vontade do próprio povo. É dessa construção que provém a diferenciação funcional entre o ato normativo constitucional, tradutor das pretensões do titular ele mesmo, e o ato normativo infraconstitucional, que emana da atuação dos poderes constituídos, organizados pela lógica representativa. Bruce Ackerman atualiza essa distinção tendo como pano de fundo a história constitucional estadunidense.¹⁰⁵ A tese da democracia dualista, defendida pelo autor, parte do suposto de que a assimilação da Constituição se dá a partir de duas dimensões decisórias distintas: as decisões tomadas pelo povo e as decisões tomadas pelo governo. “Decisões tomadas pelo povo ocorrem raramente, em condições constitucionais especiais”, ao passo que “decisões tomadas pelo governo acontecem diariamente, em condições também especiais” (Ackerman, 1993, p. 6, tradução livre).¹⁰⁶ Para Ackerman, a perspectiva dualista possibilita equacionar adequadamente “a gama de movimentos políticos que, a partir da fundação, implicaram o engajamento em atos de cidadania que, quando bem sucedidos, culminaram na proclamação de um direito superior, em nome do povo” (Ackerman, 1993, p. 7, tradução livre).¹⁰⁷ Cuida-se de enfoque que, a toda evidência, robustece a separação entre os poderes constituídos e o poder constituinte. Em síntese, as expressões políticas constituídas são frequentes, ordinárias, conduzidas por representantes do povo e, nesse encaminhamento, balizadas pela Constituição; as expressões políticas constituintes, por outro lado, são excepcionais, criteriosas, capitaneadas pelo próprio povo e, em assim sendo, não balizadas pela Constituição, já que tradutoras da própria essência constitucional.

A globalização e o advento da Era Pós-Nacional introduzem novos questionamentos nesse quadro conceitual. Com o fortalecimento dos fluxos comunicacionais entre os sistemas sociais para além do Estado Nacional, a dicotomia entre direito interno e direito alienígena é reelaborada, de tal modo que, nos termos do exposto no tópico 4.1, “o sistema jurídico perde sua âncora – o direito nacional e o constitucionalismo estatal deixam de figurar no centro dos processos jurídicos (...)” (Krisch, 2010, p. 23, tradução livre).¹⁰⁸ Em resumo, “a ideia de uma

¹⁰⁵ O empreendimento acadêmico de Ackerman é digno de nota, porquanto revela um imenso esforço pelo mapeamento teórico da história constitucional dos Estados Unidos, com enfoque na identificação de momentos-chave nos quais a manifestação acentuada dos movimentos populares forçou a substituição ou ao menos a transformação do paradigma constitucional (1993, 1998, 2014).

¹⁰⁶ No original: “Decisions by the People occur rarely, and under special constitutional conditions. (...). Decisions made by government occur daily, and also under special conditions”.

¹⁰⁷ No original: “(...) the series of political movements that have, from the Founding onward, called upon their fellow Americans to engage in acts of citizenship that, when successful, culminates in the proclamation of higher law in the name of We the People”.

¹⁰⁸ No original: “In the age of postnational governance, the legal order has lost its anchor – national law and domestic constitutionalism are no longer at the centre of legal processes, and they do not present a promising option either”.

‘constelação pós-nacional’ projeta um mundo no qual globalização, privatização e individualização transformaram a configuração básica do universo político-jurídico” (Kumm, 2010, p. 201, tradução livre).¹⁰⁹ No que se refere ao primado da soberania popular e à lógica do poder constituinte, as transformações em questão implicam, à primeira vista, o esvaziamento da figura do povo como fonte exclusiva de legitimação do poder e do direito. Em outras palavras, a pretensão de implementação interna de orientações alienígenas, concebidas no exterior do ambiente político-deliberativo do Estado Nacional, pressuporia a conjectura de que o povo constitucional, revelado a partir da ocorrência de um evento fundacional, não detém o monopólio sobre a constitucionalização do espaço decisório.

Dieter Grimm percebe essa nuance ao analisar as implicações que as novas experiências pós-nacionais podem trazer à democracia estatal, sobretudo no tocante aos ganhos acumulados ao longo da trajetória histórica percorrida pelo constitucionalismo moderno (2010, pp. 3-22). Segundo o autor, “sem a distinção [entre poder constituinte e poderes constituídos] e a separação entre direito constitucional e direito infraconstitucional, com a subordinação deste àquele, o constitucionalismo não teria sido capaz de cumprir a sua função” (Grimm, 2010, p. 9, tradução livre).¹¹⁰ Mas isso implica dizer que a diferenciação entre poder constituinte e poderes constituídos está hoje superada? E mais: que, nessa superação, o constitucionalismo não é mais capaz de cumprir a sua função?

A problemática do poder constituinte na Era Pós-Nacional ocupa um espaço de enorme relevância no debate relativo à efetivação da justiça de transição no Brasil pós-1988. A questão se encontra no epicentro da tensão entre direito interno e direito alienígena, nomeadamente quando se tem em conta a noção de soberania estatal. É que a manifestação constituinte visa a traduzir uma ação fundamental de afirmação e realização política. Por esse viés, as intervenções externas – estrangeiras, internacionais, supranacionais e/ou transnacionais – incongruentes com essa manifestação são encaradas como atentatórias contra a independência e a capacidade de um povo para a autogestão e a autolimitação. Como a própria identidade do direito só nasce com a afirmação legítima da soberania popular, as afrontas alienígenas à orientação fundacional representariam um imenso retrocesso no processo de sedimentação dos princípios definidores do constitucionalismo universalista lançado no Século XVIII.

¹⁰⁹ No original: “The idea of a ‘postnational constellation’ conjures up a world in which globalisation, privatisation, and individualisation have changed the basic configuration of the legal and political world”.

¹¹⁰ No original: “Without this distinction and the ensuing distinction between constitutional law and ordinary law and of the subordination of the latter to the former, constitutionalism would have been unable to fulfill its function”.

Na ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal esboçou uma leitura bastante reducionista da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, com o intuito inequívoco de sustentar a tese de que a anistia de 1979 foi incorporada à ação fundacional e, por conseguinte, legitimada por ela. Por trás dessa construção, há a defesa da ideia de um “pacto” pela impunidade, seja à luz do “acordo político” em 79 ou da afirmação desse acordo em 88. Faltou aos Ministros perceber que

(...) o pacto não é só o pacto. É o pacto reafirmado, quase que novamente jurado, refeito, reavivado não apenas como memória, mas como dimensão não-jurídica reapropriada pelo jurídico. Em verdade, ele nada mais é do que o elemento não-jurídico que garante a existência do jurídico. (...). Eis aí aquilo que a um só tempo é o mais preocupante, posto que é a afirmação da mais soberana das soberanias, mas também o curso de uma desconstrução que começou desde sempre. O pacto é sempre uma prótese, é sempre a substituição de si mesmo como seu mesmo; ele é sua (re)apresentação (Pinto, 2013, pp. 375-376).

Com base nisso, verifica-se que

O STF optou por uma espécie de não-tematização de seus próprios pressupostos e a consequência disso é a re-apresentação de uma dimensão de soberania que se dá na indissociável junção de dois elementos. O primeiro deles diz respeito à autotelia como fechamento sobre si de um tribunal preocupado em identificar as condições materiais de normalização e existência da ordem constitucional. O segundo na cristalização do sentido da transição política como sentido da presença a si da história. A história em que nada acontece, nada que não possa ser reconduzido ao controle total, à mais profunda calculabilidade de uma instância transcendental doadora de sentido, é o percurso da história como soberania (Pinto, 2013, p. 377).

O enunciado dessa “história em que nada acontece” representa um ato de marcada insistência em uma “teologia política da falta do povo soberano”, em uma visão não apenas reificada, mas também reificante da experiência e da realidade constitucionais brasileiras (Cattoni de Oliveira, 2011b, pp. 19-59). A superação dessa insistência depende da percepção de que “o constitucionalismo democrático não possui necessariamente uma legitimidade vivida como *falta* de um fundamento último, como uma espécie de nostalgia desse fundamento, como dor e obsessão da perda” (Cattoni de Oliveira, 2011b, p. 30), pois ele se lança, “*aqui e agora*, a um *por-vir*, a um *futuro-em-aberto*, como projeto falível, mas no sentido de que o *presente* pode ser o *futuro* de um *passado* que agora é redimido pelo agir político-jurídico, constitucional, *que o constitui*” (Cattoni de Oliveira, 2011b, p. 30). Nessa perspectiva, a soberania é “vivida como vazio, não mais passível de ser preenchido, e como ausência assimilada – e não como falta – de fundamento último, ao processo jurídico-político de construção da legitimidade por meio da realização no tempo histórico da relação interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos” (Cattoni de Oliveira, 2011b, pp. 30-31). Entretanto, para a consolidação dessa perspectiva, é preciso fazer uma breve retrospectiva.

É certo que a prevalência da soberania do povo perfaz, na modernidade ocidental, um percurso tortuoso. Trata-se de caminho que compreende desde os movimentos oitocentistas da América do Norte e da França revolucionárias até aos levantes populares da Primavera Árabe, em 2011, e do Brasil de junho de 2013. Em sua complexa relação com a Constituição, o pressuposto da soberania popular se materializa, como já explicitado, pelo canal do poder constituinte. Por essa razão, o poder constituinte traduz um “conceito de fronteira”, na medida em que se situa nos limites do conhecimento jurídico, prestando-se à justificação da opção constitucional assumida por determinado regime político. Contudo, como o próprio espaço de definição política das opções constitucionais é fundamentalmente marcado por conflitos, o significado desse conceito consiste em objeto de constantes e acirradas disputas.¹¹¹

Essa conjuntura é explicada pelo fato de o poder constituinte se originar de pretensões político-intelectuais de racionalização da autoridade, que sempre se viram inevitavelmente marcadas por conflitos em torno da definição e da distribuição do poder. Em sua conformação básica, o instituto se presta à decodificação do fundamento último do poder estatal em uma linguagem propriamente constitucional. Em outras palavras, a conceituação busca efetivamente realizar o fechamento lógico-teórico da assimilação da institucionalização jurídica do político. Nos movimentos de racionalização e secularização dos Séculos XVIII e XIX, o poder constituinte permitiu a implementação de dois importantes princípios condutores do projeto iluminista: as ideias de que “todo poder emana do povo” e de que a Constituição, compreendida como entidade jurídico-normativa, é produto criativo desse “povo”. Nessa proposta, a Constituição é concebida como o engenho de um poder místico e transcendental, assentado em um estado de espírito e legitimado por ele para o estabelecimento das normas com base nas quais a sociedade viverá. Cuida-se de visão fundamental na orientação primária do empreendimento revolucionário.

Trata-se de noção há algum tempo superada. Quando se tem mente o referencial procedimentalista habermasiano, a ideia de um direito que se legitima pela afirmação, em equiprimordialidade, da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos não se concilia com a defesa de um instituto de poder ilimitado, incondicionado e que atua em um marco-zero político-jurídico-social. Essa constatação se faz bastante evidente no diálogo entre

¹¹¹ Loughlin afirma que o “poder constituinte não é apenas um conceito de fronteira, mas sobretudo um conceito de combate, cujo significado se mostra enraizado em profundas disputas acerca da natureza da ordem jurídica, política e constitucional. É, portanto, muito difícil explicar o conceito sem se enfronhar em contendas de cunho ideológico e semântico” (2014, p. 218, tradução livre). No original: “Constituent power is not only a *Grenzbegriff* but also a *Kampfbegriff* whose meaning is rooted within deeper disputes over the nature of legal, political and constitutional ordering. It is difficult, then, to explain its nature without getting entangled in disputes of an ideological as well as a conceptual nature”.

Habermas e Frank Michelman acerca do paradoxo da relação entre facticidade e validade no ato fundacional. A crítica deduzida por Michelman se dirige à reconstrução do momento constituinte, já que, para ele, a assunção de um prisma calcado na coesão interna e necessária entre direito e democracia não permite a concepção do ordenamento jurídico como o produto de uma manifestação cronologicamente rastreável. Nesse perspectiva, o paradoxo entre Estado de Direito e soberania popular nunca se resolveria por completo, mantendo-se sempre passível de reemergir a toda vez em que o processo de formação da opinião e da vontade constituintes fosse colocado em questão. A pergunta a respeito do caráter democrático do ato de fundação da democracia levaria, assim, a um “regresso ao infinito”, pela via de uma “autoconstituição circular” (Michelman, 1999, p. 3-62).

Em sua resposta, Habermas demonstra que a premissa assumida por Michelman torna a sua provocação absolutamente inconsistente. Segundo ele, o que há por trás da provocação é uma impressão incompleta do processo de legitimação, a longo prazo, do direito e do poder. Por essa razão, as assertivas lançadas por Michelman acabam resultando na recusa da noção de que a Constituição opera não apenas como o retrato de um fenômeno constituinte estabelecido das opções políticas fundamentais, mas sobretudo como baluarte de um espaço de vigência de direitos, cumprindo às gerações futuras densificá-los e atualizá-los (Habermas, 2001, pp. 766-781). O que isso significa é que “a relação aparentemente paradoxal entre democracia e Estado de Direito se resolve na dimensão do tempo histórico, compreendendo-se a constituição como um projeto que transforma o ato fundacional em um processo contínuo de constitucionalização, que se desdobra ao longo de gerações” (Habermas, 2001, pp. 768, tradução livre).¹¹²

Em uma tradução desse direcionamento, Martin Loughlin isola três vertentes teóricas que, segundo ele, se apropriam do conceito de poder constituinte: o normativismo, o decisionismo e o relacionalismo. O normativismo preceitua que, em função da autonomia do sistema jurídico, o poder constituinte consiste em uma categoria redundante. O decisionismo, por sua vez, defende que o direito emana de uma manifestação de vontade. Em assim sendo, o sistema jurídico não se mostra capaz de assegurar autonomamente sua própria existência, devendo ajustar-se à decisão soberana da qual se originou. Por fim, para os adeptos do

¹¹² No original: “the allegedly paradoxical relation between democracy and the rule of law resolves itself in the dimension of historical time, provided one conceives the constitution as a project that makes the founding act into an ongoing process of constitution-making that continues across generations”. Sobre essa discussão, Emílio Meyer escreve que “a amarração entre os princípios do Estado Democrático de Direito se evidencia na prática comum de cidadãos que procuram interpretar e atualizar uma Constituição. O sentido performativo dessa prática, que visa criar uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, é enunciado na Constituição, e apenas isto, dependendo de uma explicação cotidiana, num processo que se corrige a si mesmo” (2008, p. 194).

relacionalismo, na esteira da defesa habermasiana, o poder constituinte expressa uma relação de direito, obtida como o resultado de uma expressão jurídico-política aberta e, por isso mesmo, dinâmica e provisória (Loughlin, 2014, pp. 218-237).

A superação da contradição que permeia o poder constituinte (dada a incompatibilidade aparente entre presença e representação) só é efetivamente equacionada a partir de uma abordagem relacional. A natureza ambígua da fundação constituinte deriva da percepção de que, embora o ato fundacional verdadeiramente promova uma presença a partir da qual é definida a representação, tal ato não revela imediata e suficientemente o “povo” como uma identidade coletiva inquestionável. Isso porque o poder constituinte não só emana do “povo”, mas também define quem é esse “povo”. Em outras palavras, “o poder constituinte não envolve um simples exercício de poder pelo povo: ele simultaneamente constitui o povo. O poder constituinte expressa o fato de uma unidade que é criada da desunião” (Loughlin, 2014, p. 229, tradução livre).¹¹³

Tendo isso em vista, o poder constituinte não pode ser adequadamente compreendido como uma coletividade cuja identidade está fechada em um estágio pré-constitucional. Na verdade, de modo a efetivamente assimilar a tensão que se estabelece entre o “ser mesmo” (identidade como natureza) e o “ser projetado” (identidade como qualidade construída), é preciso conceber a manifestação constituinte como uma relação (de direito) entre o “povo” e a forma constitucional por meio da qual ele se expressa. Embora possua um início marcado no tempo, essa relação não se exaure pontualmente no lapso de funcionamento da Assembleia Constituinte, porquanto vivifica, na dialética entre democracia realizada e democracia *por vir*, um potencial que jamais se esgota. “E somente assim se pode, portanto, afirmar que as exigências normativas, que se colocam a esse processo constituinte, ao invés de barreiras a ele, são, na verdade, constitutivos dele” (Cattoni de Oliveira, 2011b, p. 31). Por isso mesmo, na Era Pós-Nacional, a Constituição e o poder constituinte que nela se expressa permanecem vivos e da mais alta relevância político-jurídica, porquanto traduzem, ainda hoje, o espaço aberto e inacabado de atualização dos direitos, deveres e garantias fundamentais.

¹¹³ No original: “(...) constituent power not only involves the exercise of power by a people: it simultaneously constitutes a people. Constituent power expresses the fact that unity is created from disunity, (...)”.

4.3 Para o constitucionalismo: patriotismo constitucional e pluralismo abrangente na Era Pós-Nacional

No parágrafo inicial do tópico sobre o caráter de lesa-humanidade dos crimes cometidos por agentes da ditadura brasileira de 1964, consta do parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF nº 320 uma afirmação de enorme relevância:

os métodos empregados na repressão aos opositores do regime militar exorbitaram a própria legalidade autoritária instaurada pelo golpe de 1964. Isso ocorreu, entre outros motivos, porque o objetivo primário do sistema não era a produção de provas válidas para serem usadas em processos judiciais, como seria de esperar, mas o desmantelamento, a qualquer custo, independentemente das regras jurídicas aplicáveis, das organizações de oposição, especialmente as envolvidas em ações de resistência armada (2014, p. 64).

Na estruturação desse argumento, o Procurador salienta que, por consubstanciarem um violento atentado em face da população civil e da humanidade (e não propriamente de uma vítima isolada), os delitos perpetrados no contexto da repressão autoritária se caracterizam como imprescritíveis e impassíveis de anistia. Para fundamentar essa tese, aduz, em síntese, que:

- (a) torturas, mortes, detenções e desaparecimentos arbitrários compunham um plexo padronizado de repressão, ordenadamente introjetado na estrutura de Estado, voltado para o esvaziamento político e humano da oposição e acobertado pelo próprio sistema;
- (b) a configuração de tais condutas como crimes de lesa-humanidade tem assento em normas cogentes de direito costumeiro internacional, sendo que a reprovação generalizada e qualificada a tais delitos remonta a acontecimentos anteriores e/ou concomitantes à institucionalização da ditadura civil-militar de 1964;
- (c) o caráter imprescritível e insuscetível de anistia dos crimes de lesa-humanidade é também traduzido em norma internacional cogente e consuetudinária, segundo registros e atos de reconhecimento anteriores e/ou concomitantes à institucionalização da ditadura civil-militar de 1964;
- (d) a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde pelo menos a década de 1980, é assente no tocante ao reconhecimento da incompatibilidade entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as normas internas de exclusão de punibilidade dos crimes de lesa-humanidade, em especial o de desaparecimento forçado;

- (e) as cortes constitucionais da Argentina, do Chile e do Peru já se manifestaram no sentido de reconhecer o caráter de lesa-humanidade do delito de desaparecimento forçado, sinalizando, por consequência, a sua insuscetibilidade de anistia;
- (f) os crimes de lesa-humanidade são imprescritíveis em virtude de um sopesamento qualitativo entre a justiça moral e a segurança jurídica.

No último ponto, concernente à temática da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade,¹¹⁴ o Procurador faz referência a anotações colacionadas pelo Ministério Público aos autos da Extradução nº 696, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1996 e 1997:

em especial no contexto da passagem de um regime autoritário para a democracia constitucional, carece de sentido invocar o fundamento jurídico geral da prescrição, traduzido no brocardo *dormientibus non succurrit jus* e no postulado da preservação da segurança jurídica. Nos regimes autoritários, os que querem o socorro do direito contra os crimes praticados pelos agentes respectivos não deixam de obtê-lo porque estão dormindo, e sim porque estão de olhos fechados, muitas vezes vendados; não deixam de obtê-lo porque estão em repouso, e sim porque estão paralisados, muitas vezes manietados. Falar em sanção contra a inércia quando não é possível sair dela constitui, no mínimo, grave contrassenso e, no limite, hipocrisia hermenêutica. Não há segurança jurídica a preservar quando a iniciativa se volta contra o que constituiu pilar de sustentação justamente de um dos aspectos autoritários de regime que, para se instaurar, pôs por terra, antes de tudo, a mesma segurança jurídica (1997 *apud* 2014, p. 85).

A fundamentação da Procuradoria-Geral da República se volta, outrossim, às disposições da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, instituída pela Resolução nº 2.391/1968 das Nações Unidas. O referido tratado estabelece, na consagração das categorias concebidas pelo Tribunal de Nuremberg, que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, ainda que tenham sido perpetrados em tempos de paz e “não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos”. O problema é que o Brasil nunca aderiu formalmente a ele. Assim, seria possível sustentar a aplicabilidade da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade ao sistema jurídico brasileiro, mesmo em face da não adesão do Estado à Convenção que a estabelece?

Em seu memorial de *amicus curiae* nos autos da ADPF nº 320, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos sobre Violência do Estado – IEVE e o Centro de Estudos sobre Justiça de Transição – CJT, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais sustentam que “a ausência de adesão ao tratado internacional não importa para o reconhecimento da sua aplicação” (2015, p. 22). A

¹¹⁴ Nessa temática, a Procuradoria-Geral da República faz menção ao trabalho de M. Charif Bassiouni (2011).

principal razão para isso é o fato de a Convenção apenas consagrar uma norma de *jus cogens*, cuja imperatividade jurídica está prevista no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. As normas de *jus cogens* consistem em enunciados jurídicos hierarquicamente superiores no ordenamento internacional, sendo, nesse ínterim, de observância obrigatória por todos os Estados, independentemente das disposições de seu direito interno ou dos demais acordos firmados em âmbito internacional.

O *jus cogens* traduz um poderoso sintoma da “constelação pós-nacional” de que fala Habermas. Por esse motivo, faz-se imperativo retornar à problemática cuja abordagem foi deflagrada no tópico 4.1. A imagem de uma Era Pós-Nacional pressupõe um ambiente de intensa comunicação entre os inúmeros sistemas sociais, em níveis e graus renovados. As tendências da globalização forçam uma aproximação comunicativa entre os diversos regimes jurídicos. Um dos principais reflexos dessa aproximação é a reestruturação da constelação política mundial (Habermas, 1998). O Estado Nacional deixa de ocupar uma posição exclusivamente central, passando a figurar como elemento (ainda de enorme relevância, vale frisar) de um universo maior e mais complexo, dentro do qual convivem organizações internacionais, sistemas transnacionais e agentes particulares multinacionais. Nesse quadro, são muitas as indagações que emergem no tocante à justificação do direito. De um lado, são institucionalizadas exigências, no âmbito do direito tradicionalmente doméstico, concernentes tanto à inserção no plano internacional quanto à observância de parâmetros definidos para além da esfera estatal. Simultaneamente, o direito tradicionalmente internacional experimenta uma conjuntura de crise: a base da aquiescência dos Estados, antes alçada ao patamar de fonte primária e suficiente de legitimidade das normas internacionais, torna-se precária e insatisfatória. No diagnóstico de Nico Krisch,

No desenho clássico, o direito nacional e o direito internacional estavam fundados em formas distintas de legitimação – o direito doméstico em densas concepções políticas, tais como a democracia liberal, o comunismo e a teocracia; o direito internacional no consentimento (ou, em muitos casos, na aquiescência) dos Estados individuais. A diferença de níveis possibilitava a coordenação de visões bastante diversas, embora igualmente profundas, de justiça política; desde que os dois âmbitos só se intercrossassem mediante o consentimento estatal, quaisquer divergências se mostrariam perfeitamente administráveis. Entretanto, a crescente sobreposição entre esses níveis resultou na descaracterização do antigo modelo. Na medida em que as esferas doméstica e internacional se aproximam, exsurtem inúmeras questões a respeito de seus fundamentos normativos (2010, p. 13, tradução livre).¹¹⁵

¹¹⁵ No original: “In the classical picture, national and international law were grounded in distinct forms of legitimacy – domestic law in thick concepts such as liberal democracy, communism, or theocracy; international law in the consent (or, as the case may be, acquiescence) of the individual states. The distinction of layers thus

Nesse conjunto de questões se insere o reconhecimento da normativa internacional relativa aos crimes contra a humanidade. Na perspectiva da promoção de uma identidade global, despida das peculiaridades concernentes às identidades nacionais, culturais, religiosas e linguísticas, o que fundamenta o regramento especial da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da insuscetibilidade destes a anistias é o compromisso, no marco do patriotismo constitucional, com uma cultura política plural, pautada no exercício da cidadania e no predicado dos direitos humanos. Nesse contexto, a defesa do patriotismo constitucional implica a proposta de construção de uma identidade voltada para a realização da democracia constitucional em esfera global, principalmente em face das mais acentuadas diversidades culturais e sociais. A noção se escora nos fundamentos de um sistema político-jurídico organizado a partir de um processo deliberativo-democrático vocacionado aos primados da transparência, da consideração e do reconhecimento mútuo. Nas palavras de Marcelo Cattoni de Oliveira,

Se todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, o princípio da democracia constitucional envolve a defesa de um patriotismo constitucional que visa compreender a própria Constituição do Estado Democrático de Direito como processo de aprendizagem social por parte do *povo* como instância política plural, contra toda a velha teologia política do macrossujeito povo como nação soberana, una e indivisível. A noção de patriotismo constitucional (...) trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática. Isso significa dizer que a defesa do patriotismo constitucional não se identifica com uma tradição cultural meramente herdada, mas com tradições refletidas criticamente – à luz dos direitos fundamentais e da democracia. E nesse sentido é que se deve entender, inclusive, que a questão acerca da legitimidade democrática das instituições políticas modernas só pode ser compreendida como a própria construção e projeção a um futuro aberto dessa legitimidade. Isso envolve a construção de uma cultura política pluralista com base na Constituição democrática, de uma República de cidadãos livres e iguais, como expressão de uma forma de integração social, que se dá, portanto, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por diversas formas de vida e identidades socioculturais, que convivem entre si, desde que assumam uma postura não fundamentalista de respeito recíproco, umas em relação às outras (2013, p. 139).

Contudo, a pretensão habermasiana de utilização do patriotismo constitucional para a sedimentação de uma identidade constitucional para além do Estado Nacional não passa imune de críticas. Além das ponderações de Derrida, examinadas no tópico 4.1, a reflexão feita por Rosenfeld é no sentido de que, embora a linha assumida por Habermas tenha o

allowed for the coordination of very diverse, yet still thick domestic visions of political justice; as long as the two only intersected through consent, wide divergences could be managed. However, the growing linkages between the layers render this model moot. As the domestic and international spheres come closer together, questions about their normative foundations come to the fore”.

condão de projetar normativamente um viés constitucional para além do espaço estatal, sobretudo no que se refere à defesa da proteção dos direitos humanos, não há um parâmetro convincente para a aferição de que a estrutura mundial projetada será densamente incorporada pelos atores comunicativos em suas práticas sociais e institucionais (2010, pp. 258-269). “O que parece faltar no tocante às normas supranacionais relativas ao procedimento democrático e aos direitos humanos é um modo persuasivo de reconciliar o universal e o particular, o singular e o plural” (Rosenfeld, 2010, p. 269).¹¹⁶

Em contrapartida, o pluralismo abrangente apregoado por Rosenfeld se baseia na institucionalização de uma pluralização normativa, no sentido da proteção, da atualização e da plenipotencialização, em coexistência, do maior número possível de concepções de bem, nomeadamente em conjunturas nas quais vigoram concepções múltiplas, divergentes e contrastantes (2010, pp. 269-279; 2011b, pp. 68-91). Ao mesmo tempo em que se apresenta como uma concepção de bem, o pluralismo depende da inclusão de outras concepções, já que se alimenta de um contexto de efetiva pluralidade. Por isso mesmo, trata-se de orientação assentada em um paradoxo aparente: conquanto recuse qualquer vindicação de neutralidade, em função de se colocar como uma concepção de bem superior às demais, a sua viabilização exige a acomodação de quantas outras concepções seja possível (Rosenfeld, 2005, pp. 815-845; 2007, pp. 159-181). Nessa leitura, o pluralismo abrangente se revela simultaneamente não monista e não relativista. É não monista, porquanto não isola a sua convicção como sendo a única para o alcance da concepção verdadeira de bem. E é não relativista, uma vez que, por estar amarrado a uma variedade autêntica de concepções, não admite a justificação da intolerância ou da exclusão.

A aparência paradoxal do pluralismo é superada pela compreensão dinâmica e dialética de sua concepção de bem, no sentido tanto de uma negação relativista do monismo quanto de uma rejeição monista do relativismo. “O pluralismo abrangente sustenta que o respeito é superior ao desrespeito e que nenhuma concepção de bem além do pluralismo em si é precipuamente superior a qualquer outra” (Rosenfeld, 2007, p. 175, tradução livre).¹¹⁷ Para a realização dessa compreensão, são necessárias duas tarefas. A primeira compreende a nivelção negativa de todas as hierarquias, preconceções e preferências, de modo a situar as diversas concepções de bem como precipuamente dignas de reconhecimento, consideração e proteção. A segunda tarefa, por sua vez, é de caráter positivo, traduzindo a inclusão e a

¹¹⁶ No original: “What seems to be lacking with respect to these norms, therefore, is a cogent way to reconcile the universal and the particular, the singular and the plural”.

¹¹⁷ No original: “Comprehensive pluralism holds that tolerance is superior to intolerance, and that no conception of the good beyond pluralism itself is prima facie superior to any other”.

acomodação do maior número possível de concepções de bem, em prol de uma coexistência pacífica e, nessa perspectiva, sustentavelmente plural. Nesse segundo momento, uma concepção estritamente baseada na recusa ou mesmo na erradicação de todas as demais concepções será inevitavelmente excluída, já que claramente não preenche o mínimo de compatibilidade com o princípio do pluralismo. Quanto às concepções não integralmente abertas à assimilação participativa das demais, mas contrárias à destruição violenta do “outro”, a sua introjeção no espaço público dependerá de uma recolocação de seus próprios termos. Isso significa que, preservadas as respectivas identidades, tais concepções serão reintroduzidas, a partir da segunda tarefa, à luz das balizas constitutivas do pluralismo abrangente, de maneira que suas manifestações e iniciativas se restrinjam às esferas privadas, sem que tal restrição implique, por outro lado, um esvaziamento de seu potencial deliberativo e argumentativo na arena político-discursiva.

A vantagem de uma ética pluralista como tal é que, ao mesmo tempo em que seriamente busca acomodar a diferença, ela se recusa a tratar a singularidade irreduzível como absoluta (...). Da mesma forma, o pluralismo garante um reconhecimento genuíno, não trivial e prévio de todas as perspectivas e concepções de bem (...) (Rosenfeld, 2005, p. 839, tradução livre).¹¹⁸

Em um mundo pós-nacional, a prevalência do pluralismo abrangente parece atender, de maneira bastante satisfatória, as exigências de proteção dos direitos humanos e garantia da democracia deliberativa, sem resultar em um prejuízo ao valor da diferença na relação entre “eu” e “outro”. As normas de *jus cogens* podem ser encaradas como pivôs necessários à sustentação dessa proposta normativa, na medida em que garantem, na sua substância, a pluralidade de manifestações culturais, orientações religiosas, opiniões políticas, etc. O que se debate na ADPF nº 320, portanto, é a aplicabilidade ao sistema brasileiro de um plexo de condições de possibilidade da justiça, no marco de um constitucionalismo sedimentado ao longo de mais de duzentos anos.

¹¹⁸No original: “The advantage of a pluralist ethics is that whereas it seriously aims to accommodate difference, it refuses to treat irreducible singularity as an absolute, thus averting the shortcomings of Derridean ethics of difference. By the same token, pluralist ethics guarantees a genuine non-trivial *ex ante* equal hearing to all perspectives and conceptions of the good, including those of global terrorists, thus distancing itself from Habermasian and Kantian ethics of identity and from the split between the right and the good (p. 35).

5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 Entre a convencionalidade e a constitucionalidade: a tese do sistema de duplo controle

A República brasileira ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 6 de novembro de 1992, com a edição do Decreto nº 678.¹¹⁹ O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu em 8 de novembro de 2002, a teor do Decreto nº 4.463, cujo artigo 1º afirma como “obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte (...) em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...), sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. A contar dessa data, portanto, as decisões exaradas pela Corte Interamericana têm efeito vinculante para todo o Estado brasileiro.¹²⁰

No parecer apresentado nos autos da ADPF nº 320, a Procuradoria-Geral da República sustenta, em desdobramento, que o reconhecimento da eficácia vinculante das decisões proferidas pela Corte representa a consagração dos ditames inscritos no §2º do artigo 5º do corpo permanente e no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambos da Constituição brasileira de 1988.¹²¹ O §2º do artigo 5º estipula que “os direitos e garantias expressos n[a] 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”. Já o artigo 7º do ADCT, conforme já noticiado nesta dissertação, dispõe que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Com efeito, a leitura sistêmica dos dois dispositivos possibilita vislumbrar um objetivo claro de assunção

¹¹⁹ O artigo 1º do referido ato normativo estabelece que “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”.

¹²⁰ No parecer juntado aos autos da ADPF nº 320, o Procurador-Geral da República conclui, em outras palavras, que “desde esse ato [reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos], as decisões proferidas pela Corte em face do Estado brasileiro têm força vinculante para todos os poderes e órgãos estatais. O cumprimento de suas sentenças é mandatório, nos termos da obrigação internacional firmada pela República” (2014, p. 39). Para uma análise geral do controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro, cf. Mazzuoli (2013). Para um exame da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cf. Mazzuoli e Gomes (2013).

¹²¹ Em acréscimo, também se faz menção ao §4º do artigo 5º: “Houve, pois, decisão constitucional originária de inserir o Brasil na jurisdição de uma – ou mais – cortes internacionais de direitos humanos, o que constitui vetor interpretativo de conciliação do Direito e da jurisdição internos com o panorama normativo internacional a que o país se submeta, em processo integrativo também previsto nos §§ 2º e 4º do artigo 5º da Constituição” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 40). O §4º, incluído quando da edição da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, dispõe que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

pelo Estado brasileiro da obrigatoriedade do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. De certa maneira, ao rol já mencionado poder-se-ia adicionar o inciso II do artigo 4º do corpo permanente, de acordo com o qual “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais (...) [pela] prevalência dos direitos humanos”. Disso tudo resulta a importante constatação de que “os atos de ratificação da Convenção Americana (...) e de reconhecimento da jurisdição da Corte (...) não podem, portanto, ser interpretados como se fossem meras edições de normas ordinárias, muito menos como simples exortações graciosas ao Estado brasileiro” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 40).¹²²

Na ADPF nº 320, o problema da eficácia vinculante das decisões prolatadas pela Corte Interamericana é colocado de maneira bastante peculiar. Isso porque, pela primeira vez na história do Brasil republicano,¹²³ o Estado é responsabilizado, no âmbito internacional, pelo descumprimento de uma obrigação cuja imperatividade foi elidida pelo mais alto órgão do Poder Judiciário interno.

A arguição ajuizada pelo PSOL nasce dessa tensão. De um lado, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, com o julgamento da ADPF nº 153, no sentido da recepção pela Constituição de 88 da extensão da anistia prevista na Lei nº 6.683/1979 aos agentes da ditadura civil-militar de 1964. Lado outro, alguns meses depois, a Corte Interamericana proferiu decisão em sentido frontalmente antagônico, responsabilizando o Brasil pelas graves violações de direitos humanos ocorridas no contexto da repressão autoritária.¹²⁴ Conforme já apontado no capítulo 2, nos pontos resolutivos da sentença, a Corte declarou a incompatibilidade da Lei da Anistia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e impôs ao Estado brasileiro uma série de determinações no sentido da reparação das violações, inclusive a condução, de maneira eficiente, das investigações e responsabilizações criminais cabíveis.

¹²² O Procurador avança, aduzindo que “bem ao contrário, tais providências normativas inserem-se no contexto do adimplemento do dever constitucional do Brasil de proteção aos direitos humanos e de integração ao sistema internacional de jurisdição e reclamam compreensão que lhes garanta a mais plena eficácia” (2014, p. 40).

¹²³ Essa afirmação histórica é feita pelo então juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, em seu voto fundamentado com relação à sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*: “O caso julgado envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com *caso inédito* de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada” (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010b, p. 1, destaque nosso).

¹²⁴ Cabe reiterar, na esteira do já explanado nos capítulos 1 e 3, que, a despeito de o caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos respeitar especificamente à repressão à Guerrilha do Araguaia, a interpretação assumida nesta dissertação, com base em visão sistêmica da sentença internacional, é no sentido da incompatibilidade completa da anistia de 79 com a Convenção Americana. Conforme já assinalado, trata-se de perspectiva arrimada na leitura empreendida por Emilio Meyer (2012, p. 293-294).

Apesar dessa determinação, também na linha de anotação feita nos capítulos 1 e 2, há notícia de que os órgãos do sistema de justiça brasileiro têm criado inúmeros obstáculos à persecução criminal dos agentes da repressão autoritária, sobretudo pela dificuldade generalizada de reconhecimento da decisão havida no âmbito internacional. Com paralisações em sede de *habeas corpus* e rejeições das denúncias propostas pelo Ministério Público Federal, quase sempre com fundamento na anistia e no acórdão prolatado pelo STF, o Judiciário tem largamente se furtado ao dever de dar cumprimento às determinações da Corte Interamericana.¹²⁵

Foi diante desse quadro que o PSOL ajuizou uma nova arguição de descumprimento de preceito fundamental, objetivando reacender o debate atinente à aplicabilidade da Lei nº 6.683 ao tratamento dos crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime ditatorial. Em sua petição inicial, o Partido aduz que o Estado brasileiro tem se mostrado omissos frente à obrigação de dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana.¹²⁶ Em leitura parcialmente equivalente,¹²⁷ o Procurador-Geral da República aduz, em seu parecer, que

Conforme apurou a Procuradoria-Geral da República, das 9 ações ajuizadas pelo MPF em face de 22 agentes civis e militares envolvidos em crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura militar, apenas 3 se encontram com instrução em andamento; nas outras 6 ocorreu trancamento da ação penal por decisão em *habeas corpus* ou rejeição da denúncia, ratificada ou não posteriormente pelo tribunal correspondente. Em vários casos, o fundamento da paralisação foi justamente a Lei da Anistia. Em outros processos invocou-se prescrição e em outros ainda, descaracterizou-se a natureza permanente do crime de desaparecimento forçado (definido no Código Penal brasileiro como sequestro ou ocultação de cadáver).

Duas dessas ações referem-se especificamente a fatos da Guerrilha do Araguaia e caracterizam afronta direta ao decidido pela Corte Interamericana (2014, pp. 21-22).

Em acréscimo, a própria Corte Interamericana, em sua resolução de supervisão do cumprimento da Sentença no caso *Gomes Lund*, assevera que, não obstante a verificação de algumas ações pontuais no sentido do cumprimento do ponto resolutivo nº 9, a maneira como os tribunais brasileiros vêm interpretando e aplicando a Lei de Anistia continua funcionando como um bloqueio ao encaminhamento das investigações e punições na seara criminal (2014,

¹²⁵ A esse respeito, cf. as explanações formuladas nos tópicos 1.2 e 2.3.

¹²⁶ A afirmação formulada pelo PSOL na exordial já consta do tópico 1.1: “passados três anos e meio da prolação da sentença condenatória do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, suas decisões ainda não foram cumpridas pelos órgãos do Estado brasileiro” (2014, p. 8).

¹²⁷ Diz-se que a leitura é parcialmente equivalente, porquanto, conforme explicação elaborada no capítulo 3 deste trabalho, a manifestação da Procuradoria-Geral da República é pelo não conhecimento da arguição no que toca ao pedido genérico de condenação dos Poderes brasileiros ao cumprimento da decisão prolatada pela Corte Interamericana, afirmando-se o cabimento da ação apenas no que se refere à transgressão de preceitos fundamentais pelo descumprimento judicial do exarado pela Corte (tanto no sentido da inaplicabilidade da Lei de Anistia às graves violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura quanto no da sua inaplicabilidade aos crimes permanentes).

p. 40). Tendo tudo isso em vista, a conjuntura em questão, composta nos autos da ADPF nº 320, evidencia um mapa de tensão na relação entre as instâncias interna e interamericana de proteção e realização dos direitos humanos. Tal ponto pode ser traduzido no seguinte questionamento: como assimilar a coexistência de orientações conflitantes decorrentes de processos distintos e simultâneos de fiscalização da compatibilidade da anistia política de 79 com a Constituição de 88 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos?

Nos autos da ADPF nº 320, a Procuradoria-Geral da República assume a defesa de uma tese bastante particular: a do sistema de duplo controle. Em linhas gerais, o que se apregoa é que existem duas instâncias de verificação da adequabilidade dos atos estatais: a da constitucionalidade e a da convencionalidade.¹²⁸ Considerando tratar-se de parâmetros distintos e independentes de fiscalização, essas instâncias corresponderiam a modelos autônomos e inarticuláveis de controle. A sua realização concomitante prescindiria, por conseguinte, de qualquer comunicação, o que implicaria assumir que um ato pode ser considerado compatível com um parâmetro, mas incompatível com outro.

É com arrimo nessa premissa que, conforme anotado no tópico 3.3 desta dissertação, o Procurador-Geral afirma não haver conflito entre a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153 e o juízo lançado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund*. Nessa perspectiva, a propositura da ADPF nº 320 não representaria a repetição de uma pretensão já resolvida perante a jurisdição constitucional, mas a abertura de um novo debate, relativo ao controle dos efeitos da Lei de Anistia (e não da Lei em si):

Conquanto os efeitos concretos de ambas as ADPFs orbitem em torno da responsabilidade criminal de agentes públicos envolvidos com a prática de crimes durante a repressão à dissidência política na ditadura militar, a matéria jurídica a ser decidida é manifesta e essencialmente distinta. Na presente ADPF não se cogita de reinterpretar a Lei da Anistia nem de lhe discutir a constitucionalidade (tema submetido a essa Suprema Corte na ADPF 153), mas de estabelecer os marcos do diálogo entre a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (plenamente aplicável à República Federativa do Brasil, que a ela se submeteu de forma voluntária, soberana e válida) e a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 30).

Assim, não haveria que se falar em oposição entre uma coisa e outra. “O que há é exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana (...): o controle de

¹²⁸ André de Carvalho Ramos concebe o controle de convencionalidade como a “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)” (2015a, p. 405). Para os fins pretendidos nesta dissertação, a expressão é utilizada de maneira a designar, no interior do universo concebido por Carvalho Ramos, a especificidade da fiscalização de compatibilidade dos atos internos com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, pp. 30-31).¹²⁹ O aporte teórico que subsidia essa defesa, conforme citações feitas pela Procuradoria-Geral da República, é de André de Carvalho Ramos, de acordo com quem “eventuais conflitos são apenas conflitos aparentes, fruto do pluralismo normativo, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica” (2011, p. 216). Nesse esquema de ideias, a impossibilidade de vindicação da anistia de 79 como obstáculo à responsabilização criminal dos agentes da ditadura de 64 decorreria não de uma imposição constitucional, mas da Convenção Americana de Direitos Humanos:

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso GOMES LUND, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destruída no controle de convencionalidade (Ramos, 2011, p. 218).

A tese do sistema de duplo controle permitiria afastar a ideia do funcionamento da Corte Interamericana, no caso em questão, como uma instância adicional de sobreposição à estrutura jurisdicional interna. Segundo o Procurador-Geral da República, diferentemente do dever atribuído pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, a missão da Corte seria “zelar pela observância, por parte dos Estados que integram o sistema interamericano de direitos humanos, das obrigações assumidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outras convenções regionais nesse campo” (2014, p. 47). O controle realizado por ela é, nesse aspecto, institucionalmente próprio, na medida em que traduz um juízo a respeito da compatibilidade das ações e omissões estatais (no sentido de atos ou não-atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) com a Convenção Americana. Segundo as considerações feitas no capítulo 2 deste trabalho, embora a eficácia da coisa julgada emanada de uma decisão da Corte seja essencialmente *inter partes*, com enfoque na remediação de violações individuais a direitos humanos, não se pode desconsiderar que a repercussão da sentença (no caráter da “coisa interpretada”) impõe, muitas vezes, a modificação de situações e práticas institucionais generalizadas, tanto na administração quanto na legislação e na jurisdição internas.¹³⁰ Isso não

¹²⁹ Ao final do tópico, o Procurador assevera que “a sentença da Corte IDH é posterior ao acórdão na ADPF 153/DF. Com efeito, a decisão internacional é de 24 de novembro de 2010, ao passo que o julgamento da ADPF 153/DF se concluiu em 29 de abril de 2010. Desse modo, a decisão internacional constitui ato jurídico novo, não apreciado pelo STF no julgamento da ação pretérita. Não há, portanto, óbice ao conhecimento desta ação [ADPF nº 320], no que se refere ao efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND com referência a interpretações judiciais antagônicas em torno do alcance que se deve dar aos preceitos fundamentais do Estado brasileiro” (2014, p. 32).

¹³⁰ Segundo André de Carvalho Ramos, “as sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada *inter partes*, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de

significa, porém, que o juízo de inconveniência realizado no caso *Gomes Lund* substituiria a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153.

Perante a Corte Interamericana, o Estado brasileiro foi condenado a realizar a investigação e a persecução criminais dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura civil-militar, não se podendo opor os óbices concernentes a anistia, prescrição e coisa julgada. A despeito disso, em diversos casos, o Judiciário tem negado efeito vinculante à decisão da Corte, obstaculizando o prosseguimento das persecuções exatamente com fundamento em anistia, prescrição e coisa julgada. A rigor, a negativa de aplicação do artigo 68 da Convenção Americana, que estabelece que “os Estados-partes (...) comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”, exigiria dos magistrados brasileiros o entendimento fundamentado de que os atos de ratificação do Pacto e reconhecimento da jurisdição da Corte padecem do vício da inconstitucionalidade. Contudo, o que se vê é que o Judiciário limita-se a afastar a aplicabilidade das normas internacionais, sem qualquer preocupação com o ônus hermenêutico que tal recusa impõe.¹³¹ De acordo com a argumentação da Procuradoria-Geral da República, o equívoco dessa tendência residiria na não constatação de que a Lei de Anistia, embora compatível com a Constituição de 1988, é incombinável com a Convenção Americana, razão pela qual não se afigura aplicável às graves violações de direitos humanos cometidas pelo aparato autoritário de 64.

Do tópico 1.3 consta uma alusão à reflexão de Cláudio Souza Neto sobre a possibilidade de o STF rever o seu entendimento a respeito da Lei nº 6.683. Inicialmente, o que o autor sustenta é que, em virtude da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade por via principal, nada impediria que o Supremo reformulasse o juízo anteriormente lançado sobre a questão, de modo a concluir que a anistia de 79 não foi recepcionada pela Constituição de 88. A exploração desse ponto, no sentido do acerto da ponderação formulada, consta do capítulo 3 desta dissertação.

A segunda tese defendida por Souza Neto é a de que a responsabilização criminal dos agentes ditatoriais já se afigura plenamente possível, dada a independência da instância de fiscalização da convencionalidade dos atos estatais (Souza Neto, 2014, s. p.). Na menção inicial que se fez, neste trabalho, a essa consideração, a crítica dirigida ao posicionamento

Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam” (2015b).

¹³¹ Até porque não há verdadeiramente que se falar na inconstitucionalidade nos atos mencionados (ratificação da Convenção Americana e reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana), tanto no aspecto procedimental quanto no material.

centrou-se na ingenuidade de uma defesa da desnecessidade de qualquer pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal. De fato, a sustentação, em exame da discussão posta nos autos da ADPF nº 320, de que a própria arguição é prescindível se mostra, a toda evidência, um tanto quanto modesta. Todavia, há um ponto interessante nessa defesa: a noção, sutilmente distorcida no artigo de Souza Neto, de que o STF não possui a palavra definitiva a respeito da totalidade do sistema brasileiro de proteção dos direitos humanos. Embora o autor se posicione em direção a essa tese, não se pode dizer que ele a encampe com clareza e consciência. Isso porque a premissa que o leva, ainda que indiretamente, a essa conclusão é a mesma que embasa o pronunciamento adotado pelo Procurador-Geral da República: a teoria do sistema de duplo controle.

Não é esse, contudo, o direcionamento que se pretende assumir nesta dissertação. O que se defende nos próximos tópicos é a existência de um único sistema de controle da adequabilidade dos atos estatais: o da constitucionalidade. Em síntese, a instância é única, porque a fiscalização feita tendo como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é uma fiscalização à luz da Constituição da República. A princípio, para o encaminhamento dessa ideia, faz-se necessário rever a construção formulada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343, ocasião em que foi elaborada a chamada “teoria do duplo estatuto”.¹³² Tal revisão será empreendida no tópico 5.2. Porém, o percurso não se encerra com esse expediente. Para efetivamente sustentar que a sentença da Corte Interamericana deve prevalecer, independentemente da orientação eventualmente adotada com o julgamento da ADPF nº 320, é preciso desconstruir a premissa de que o STF exerce, em toda e qualquer situação, o papel de “senhor da Constituição” ou, em referência à expressão usada por Rui Barbosa, “fiel da balança constitucional”. De certa forma, essa desconstrução foi iniciada no tópico 3.2. Um desdobramento da ideia, com enfoque na projeção institucional da tese defendida neste trabalho, é realizado no tópico 5.3.

5.2 O status normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Entre os anos de 1988 e 2008, a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos, em seguida à sua ratificação, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária. A decisão exarada quando do julgamento do *habeas corpus* nº 72.131, em 23 de novembro de 1995, é representativa dessa jurisprudência. Na ocasião, o Ministro Moreira Alves, Relator para o

¹³² A terminologia é utilizada por André de Carvalho Ramos (2015a, pp. 396-397).

acórdão, pontuou que o preceito inscrito no §2º do artigo 5º da Constituição da República não se aplicava aos referidos tratados,¹³³ “pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado” (1995b, p. 8.686).

A problemática dizia respeito à compatibilidade do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, com a ordem constitucional de 88, particularmente no que tocava à possibilidade de prisão civil do devedor fiduciário. Nesses termos, o que se perquiria era exatamente a constitucionalidade da equiparação, prevista no Decreto-Lei, do devedor fiduciário à figura do depositário infiel, supostamente submetido, à luz do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição,¹³⁴ ao regime da privação civil de liberdade. Em 95, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível a sujeição do devedor fiduciário a esse regime, esclarecendo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em nada interferia na implementação do regramento constitucional, sobretudo por se tratar de diploma normativo de caráter infraconstitucional. Em 2008, porém, o acórdão proferido no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343 inaugurou um novo estágio de orientação, fundamentalmente baseado na “teoria do duplo estatuto”. Com essa prolação, a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro foi drasticamente remodelada.

Em seu voto, o Relator do referido recurso, Ministro Cezar Peluso, inicialmente salientou a inexistência de qualquer afinidade e/ou conexão teórica entre os contratos de depósito e alienação fiduciária em garantia. Isso porque o depósito se descaracteriza inteiramente diante de quadro contratual no qual ao devedor é dado o direito de utilizar-se da coisa; daí a assertiva de que “a circunstância de atribuir a lei ao fiduciante a condição de depositário não significa a coexistência de um contrato de depósito” (Gomes *apud* Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 1.114).¹³⁵ Assentado isso, destacou-se que a razão que fundamentava a prisão do devedor fiduciário tinha mais que ver com a situação de inadimplência que com a não entrega do bem, já que, a bem da verdade, a realização da

¹³³ O §2º do artigo 5º da Constituição da República estabelece que “os direitos e garantias expressos [n]a 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”.

¹³⁴ O dispositivo estipula o seguinte: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹³⁵ A esse respeito, o Ministro Cezar Peluso escreve que “na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a posse da coisa, não para custódia desta, nem o credor fiduciário a deixa (e não “entrega”) para esse fim, senão para dela usar e gozar em posição idêntica à do compromissário comprador, e, por consequência, nenhuma obrigação tem de restituir, salvo na hipótese de descumprimento do contrato, e não, na execução dele (termo prefixado no depósito ou à requisição do depositante), como é da essência mesma do depósito. E já se viu que, se, de acordo com a própria finalidade econômica e causa jurídica do contrato, o suposto depositário adquire o direito de usar da coisa, já não há aí depósito. Impossível, portanto, encontrar, na alienação fiduciária em garantia, resíduo de contrato de depósito e, até, afinidade de situações jurídico-subjetivas entre ambos” (2008, p. 1.117).

obrigação descumprida importaria não na consagração do domínio, mas na satisfação do crédito fiduciário. Por essa razão, o que se depreendia do Decreto-Lei nº 911 consistia, visivelmente, em hipótese de prisão civil por dívida pecuniária.¹³⁶ Em vista da ampla proibição constitucional aposta em face de tal instituto, a permissão da prisão civil do devedor fiduciário exigiria, em desdobramento argumentativo, que se justificasse um alargamento interpretativo da infidelidade no contrato de depósito. De acordo com o Ministro Peluso, com lastro no princípio da legalidade e na lógica de assimilação das restrições aos direitos fundamentais, “mais de uma razão jurídica [estava] (...) a predicar que a cláusula constitucional de que se trata [artigo 5º, inciso LXVII] é de todo alérgica a interpretação extensiva” (2008, p. 1.122).¹³⁷ Com esses fundamentos, o magistrado negou provimento ao recurso extraordinário, reputando inconstitucional a possibilidade de prisão civil prevista no artigo 4º do Decreto-Lei mencionado.

Em seguida, foi apresentado o voto do Ministro Gilmar Mendes, marcado por longas considerações a respeito da inserção dessa possibilidade de prisão civil em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos incorporado pelo Brasil. Dispensando “qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados” (2008, p. 1.136), a qual, segundo o Ministro, tem se mostrado, ao menos no que toca ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, “ociosa e supérflua”, Gilmar Mendes destaca que a questão relativa à possibilidade de atos internacionais revogarem a autorização excepcional da prisão civil do depositário infiel (inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988) depende definição da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos em face das normas constitucionais.

¹³⁶ Do voto do Relator consta o seguinte: “Na espécie de prisão inerente à ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, o fiduciante assujeita-se à prisão civil, menos porque se recuse a entregar o bem do que *pelo fato de ser devedor inadimplente* e de a entrega possibilitar a satisfação, não de poder dominial, que seria próprio de depositante, mas do crédito do fiduciário. Tanto assim o é que, se o satisfaz desde logo, escapa a risco da constrição e à própria obrigação de entregar o bem, na qual se forceja por ver algo semelhante a obrigação de restituir, o que em tudo é diverso da relação jurídica do depósito, em cujo quadro há autêntica obrigação de restituir, e a pretensão de restituição do depositante tem causa e fins muito diferentes. Isso mostra, à exaustão, que se trata de *prisão civil por dívida de dinheiro*” (2008, p. 1.120, destaques no original).

¹³⁷ Em desdobramento, o Ministro anota que “a exceção constitucional se adscreeve a duas hipóteses de contornos nítidos, cuja dilatação implicaria a mais severa restrição à liberdade física dos cidadãos, com a agravante de transpor os limites do recurso analógico, que são a afinidade dos fatos e a identidade de razão jurídica, nenhuma das quais se acha presente na hipótese. E, na dúvida entre a tutela da liberdade e de interesses econômicos privados, que podem ser satisfeitos doutros tantos modos, sem o adjutório de tão escandaloso privilégio que, num como retrocesso às épocas anteriores à *Lex Poetelia Papiria de nexis*, faz da pessoa humana mero *corpus vilis*, não há alternativa possível para o intérprete, constricto sempre a reverenciar o primado constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), que doutro modo estaria aqui gravemente ofendido” (2008, p. 1.125).

Sobre o assunto, são identificadas quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do *status* normativo das normas internacionais de direitos humanos: (i) *status* supraconstitucional; (ii) *status* constitucional; (iii) *status* legal; e (iv) *status* supralegal.

A tese do *status* supraconstitucional é afastada ao argumento de que, em um sistema como o brasileiro, no qual vigoram as máximas da força normativa e da supremacia da Constituição, não há espaço para a compreensão de que os tratados internacionais, por serem de direitos humanos, adquirem um caráter hierárquico superior ao da ordem constitucional. “Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 1.139). De acordo com o Ministro Gilmar Mendes,

Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão "direitos humanos" poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente (2008, pp. 1.139-1.140).

Já a noção de que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional é rechaçada na perspectiva da redação adotada, a contar de 2004, pela emenda constitucional nº 45, por meio da qual foi introduzido o §3º do artigo 5º da Constituição. Tal parágrafo estabelece que “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”. Com base nisso, Gilmar Mendes assevera que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada” (2008, p. 1.144). Antes disso, porém, é feita uma breve retrospectiva dos fundamentos que embasam a corrente de defesa do caráter constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Os principais defensores da tese são os professores Antônio Augusto Cançado Trindade (1999, 2003a, 2003b, 2003c) e Flávia Piovesan (2006). Segundo esses autores, o §2º do artigo 5º da Constituição de 88, que estabelece que “os direitos e garantias expressos n[a] 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”, traduz um comando de abertura do aparato de direitos básicos consagrados no texto constitucional. Por

essa razão, os direitos oriundos do regime ou dos princípios adotados pela dinâmica constitucional e os direitos decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte integram o rol de direitos e garantias protegidos pelo couraçado constitucional, ocupando um patamar de hierarquia elevada no ordenamento jurídico.

Diante de conflitos entre a orientação plasmada em um tratado internacional de direitos humanos e a Constituição da República, a questão se resolveria pela primazia da norma mais favorável ao titular do direito violado. O encaminhamento dessa primazia caberia, simultânea e concorrentemente, aos tribunais internos e aos órgãos internacionais expressamente autorizados à interpretação e à aplicação do respectivo tratado (Piovesan, 2003, pp. 44-56). “Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 1.142).

Contudo, a linha é largamente recusada pelo Ministro Gilmar Mendes, que se baseia na literalidade do §3º do artigo 5º para argumentar que, em havendo a necessidade de submissão do tratado de direitos humanos ao procedimento especial de emenda constitucional, então o tratado que, nessa condição, não foi submetido ao procedimento não pode ser concebido como de caráter constitucional. Com isso, a tese que parece predominar é, na esteira do entendimento que então vigorava no Supremo Tribunal Federal, a de que os referidos tratados têm *status* normativo de lei ordinária. Todavia, o raciocínio de Gilmar Mendes permite um avanço com relação a essa jurisprudência. Isso porque, segundo consta do voto, o fato de a emenda constitucional nº 45/2004 ter se dedicado exclusivamente aos tratados de direitos humanos, abrindo a possibilidade de eles – apenas eles –, em sendo submetidos ao rito legislativo próprio, se firmarem como normas verdadeiramente constitucionais, indica que o constituinte derivado encara esse tipo específico de diplomas internacionais como dignos de destaque e proteção especial:

(...) a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “*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*”.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de

reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico (2008, p. 1.144, destaques no original).

Com amparo nessa percepção, assevera no sentido da necessidade de superação da compreensão até então predominante do STF sobre a matéria:

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 (2008, p. 1.145).

Em retrospectiva do histórico de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a propósito do *status* normativo dos tratados internacionais, a maioria delas na apreciação da mesmíssima questão submetida então ao exame dos Ministros, Gilmar Mendes pondera que “no contexto atual (...) se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos”. Segundo o Ministro, o Estado Constitucional moderno assume um forte viés cooperativo, não podendo mais se isolar no interior de seu próprio sistema, já que cumpre a ele se projetar como uma referência para os demais Estados da comunidade internacional.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008, pp. 1.148-1.149).

Nesse referencial, são apresentadas evidências de que existe uma “tendência do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 1.151). Em um resgate jurisprudencial, Gilmar Mendes conclui que os tratados internacionais de direitos humanos detêm um caráter supralegal, exercendo um efeito paralisante em face das disposições infraconstitucionais que se mostrarem conflitantes com o seu conteúdo:

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de

posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

(...).

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante (2008, p. 1.160).

A decisão do Supremo Tribunal Federal rearranja a ordem hierárquica do sistema jurídico brasileiro, introduzindo um novo patamar. Os tratados internacionais de direitos humanos que não passarem pelo procedimento do §3º do artigo 5º encontram-se entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, já que são incorporados com *status* supralegal: nem propriamente constitucional, nem exatamente infraconstitucional. É esse o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Daí a razão de a Procuradoria-Geral da República, em seu parecer nos autos da ADPF nº 320, sustentar a tese do sistema de duplo controle. O âmbito constitucional e o âmbito convencional de fiscalização traduzem, em parâmetros distintos, instâncias de hierarquia também diferente, muito embora ambos se situem acima dos atos infraconstitucionais, que é o caso da Lei 6.683/1979.

Essa, porém, não parece ser a orientação mais adequada. Com as considerações feitas no tópico 2.2 desta dissertação, demonstrou-se que a realização do Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição brasileira de 1988. A aplicação dessa ideia deve projetar a exigência de que os tratados internacionais de direitos humanos, lidos à luz dos já tantas vezes mencionados artigos 1º, inciso III, 4º, inciso II, 5º, §§1º e 2º, do corpo permanente, e 7º do ADCT, sejam introjetados nas práticas jurídicas brasileiras com *status* constitucional. A própria operacionalização dos direitos humanos exige esse reposicionamento, porquanto a obrigação de um Estado de cumprir tais direitos deve necessariamente superar quaisquer possíveis disposições de seu direito interno, mesmo as de caráter constitucional. No caso brasileiro, porém, jamais se vislumbrou qualquer conflito dessa natureza, já que realizar os direitos humanos é, em primeiro lugar e acima de tudo, realizar a Constituição.

Em recuperação da tese aventada por Piovesan e Cançado Trindade, observa-se que, de fato, o §2º do artigo 5º da Constituição estabelece, com incontestável clareza, que o sistema de proteção constitucional de direitos, reconhecido pelo Brasil, inclui a integralidade dos direitos assumidos pelo Estado nos tratados em que ele seja parte. A disposição

constitucional apresenta um direcionamento bastante evidente. Sem sombra de dúvidas, o que ela promove é a constitucionalização material desses direitos, de modo a garantir que o legislador infraconstitucional, no exercício de suas funções ordinárias, não possa suprimir, reduzir ou comprometer a eficácia ou a abrangência de qualquer um deles.

A emenda constitucional nº 45/2004 afronta a lógica abrangente consagrada no §2º ao estabelecer a exigência de submissão dos tratados de direitos humanos ao procedimento especial de dois turnos nas duas Casas do Congresso Nacional, com aprovação de três quintos dos seus membros, para que tais diplomas sejam incorporados ao direito interno com *status* constitucional. Conforme apregoou Cançado Trindade em seu voto separado no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, o §3º do artigo 5º consiste em dispositivo “mal concebido, mal redigido e mal formulado”, o qual “representa um retrocesso lamentável com relação ao modelo aberto” de absorção de direitos (2006b, pp. 10-11, tradução livre).¹³⁸

No referente aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio bem a gosto dos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; com respeito aos tratados por aprovar, gera a possibilidade de uma diferenciação bem a gosto dos publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006b, p. 11, tradução livre).¹³⁹

Verifica-se, outrossim, que o “retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no âmbito do Estado” (Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006b, p. 11, tradução livre).¹⁴⁰ Daí

¹³⁸ Trechos extraídos do seguinte excerto no original: “Esta nueva disposición busca otorgar, de forma poco feliz, *status* constitucional, en el ámbito del derecho interno brasileño, sólo a los tratados de derechos humanos que sean aprobados por una mayoría de 3/5 de los miembros tanto de la Cámara de Diputados como del Senado Federal (pasando así a ser equivalentes a enmiendas constitucionales). Mal concebido, mal redactado y mal formulado, representa un lamentable retroceso con relación al modelo abierto consagrado por el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que resultó de una propuesta de mi autoría para la Asamblea Nacional Constituyente, como ha sido históricamente documentado”.

¹³⁹ No original: “En lo referente a los tratados anteriormente aprobados, crea un *imbroglio* muy a gusto de los publicistas estatocéntricos, insensibles a las necesidades de protección del ser humano; con respecto a los tratados por aprobar, genera la posibilidad de una diferenciación muy a gusto de publicistas autistas y míopes, tan poco familiarizados, - así como los parlamentarios que les prestan oídos, - con las conquistas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

¹⁴⁰ Trecho extraído do seguinte excerto no original: “Este retroceso provinciano pone en riesgo la interrelación o indivisibilidad de los derechos protegidos en el Estado demandado (previstos en los tratados que lo vinculan), amenazándolos de fragmentación o atomización, a favor de los excesos de un formalismo y hermetismo jurídicos contaminados por el oscurantismo. La nueva disposición es vista con complacencia y simpatía por los así llamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se embanderan en jusinternacionalistas sin llegar a serlo ni de lejos, dado que sólo consiguen vislumbrar el sistema jurídico internacional a través de la óptica de la Constitución Nacional. Ni siquiera está demostrada la constitucionalidad del lamentable párrafo 3 del artículo 5, sin que sea mi intención pronunciarme aquí al respecto; lo que sí afirmo en el presente Voto, -tal como lo afirmé en la conferencia que di el 31/3/2006 en el auditorio repleto del Supremo Tribunal de Justicia (STJ) en Brasilia, al final de las audiencias públicas ante esta Corte que tuvieron lugar en la histórica Sesión Externa de la misma recientemente realizada en el Brasil, - es que, en la medida en que el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la

a razão de se considerar completamente sem sentido a ideia de um escalonamento divisório de direitos, tal como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. A perspectiva interrelacional, que concebe o rol de direitos holisticamente e os vê como partes de um todo indivisível, não se coaduna com a definição de que alguns desses direitos são hierarquicamente inferiores aos demais.

Nesse enfoque, a abordagem assumida por Flávia Piovesan é a de que todos os tratados internacionais de direitos humanos, promulgados antes ou depois da edição da emenda constitucional nº 45/2004, têm caráter constitucional, em virtude do que estipula o §2º. Nessa acepção, os tratados não submetidos ao procedimento do §3º assumem um *status* materialmente constitucional; já aqueles eventualmente aprovados por três quintos dos membros das Casas do Congresso, em dois turnos, passam a ser também formalmente constitucionais. A diferença entre eles seria apenas uma: a impossibilidade de denúncia (Piovesan, 2006, pp. 77-ss). Embora se trate de leitura claramente preocupada com a devida homenagem à afirmação dos direitos humanos como expressão da Constituição da República, não se pode partir de uma distinção tão acabada entre Constituição formal e Constituição material, pois isso importaria não na solução mas no agravamento do problema identificado por Piovesan.

É evidente que, diante do texto infausto do §3º do artigo 5º, não se pode cogitar de uma atitude de completa desconsideração da necessidade do procedimento especial para que os tratados de direitos humanos adquiram *status* constitucional. Formulado isso, as leituras em torno da extensão e da validade do dispositivo são bastante variadas. Conforme propala André de Carvalho Ramos, “após a emenda constitucional [nº 45/04], houve quem defendesse sua inconstitucionalidade nesse ponto, por ter piorado a hierarquia dos tratados de direitos humanos e, assim, violado cláusula pétrea (artigo 60, §4º, referente à proibição de emenda que tenda a abolir direitos e garantias individuais)” (2015a, p. 394). Como o tema-problema desta dissertação se cinge à temática composta nos autos da ADPF nº 320, não há espaço para o empreendimento de uma definição fundamentada acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro.

Contudo, em vista do debate pretendido neste trabalho, mostra-se forçoso avaliar o *status* da Convenção Americana, que constitui um tratado internacional de direitos humanos assinado e ratificado pelo Brasil previamente à entrada em vigor do §3º do artigo 5º da

Constitución Federal brasileña abre la posibilidad de restricciones indebidas en la aplicabilidad directa de la normativa de protección de determinados tratados de derechos humanos en el derecho interno brasileño (pudiendo incluso inviabilizarla), éste se muestra *abiertamente incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 1.1, 2 y 29)”.

Constituição da República. Essa situação peculiar permite o alcance de algumas conclusões parciais, sem qualquer aspiração ao exaurimento do assunto ou à redução da sua complexidade. É que, mesmo não se dispondo, em virtude do recorte analítico, dos recursos informacionais necessários à aferição da incompatibilidade do próprio §3º com o inciso IV do §4º do artigo 60, na linha da tese anunciada por Carvalho Ramos, é possível demonstrar, sem maiores dificuldades argumentativas, que a aplicação retroativa do §3º viola a cláusula pétrea, ferindo o princípio da vedação do retrocesso.

Em anotação sobre os direitos fundamentais sociais, Bernardo Gonçalves Fernandes escreve que “o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais (...) deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais (...) já constitucionalmente assegurados (...) não poderão ser suprimidos por emenda constitucional” (2014, p. 588). Nessa perspectiva, assumindo a premissa de que, antes do advento da emenda constitucional nº 45, os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil fazia parte tinham caráter constitucional, à luz do §2º do artigo 5º, então não há dúvidas de que a sistemática interamericana de proteção dos direitos humanos já se via, em 2004, protegida das possibilidades de supressão ou desconstitucionalização. Não se pode sustentar, portanto, que a emenda 45 tenha reduzido a Convenção Americana a um diploma internacional supralegal, já que isso implicaria abolição do *status* superior de que os direitos previstos no tratado dispunham.

À guisa de conclusão, não devem restar dúvidas de que o Pacto de San Jose da Costa Rica constitui ato normativo de hierarquia constitucional no direito brasileiro. Quanto à problemática relativa à eficácia vinculante das decisões proferidas pela Corte Interamericana, que é um desdobramento institucional dessa percepção, essa será examinada no tópico a seguir.

5.3 A eficácia vinculante das decisões da Corte Interamericana

Conforme assinalado no tópico 3.2 desta dissertação, o debate contemporâneo relativo à legitimidade da jurisdição constitucional, principalmente no que se refere ao diálogo entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, está centrado no espaço de embate e interlocução entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Há muitas razões que embasam a atenção particular que alguns estudiosos têm dado ao tema, sobretudo no âmbito das Supremas Cortes e dos

Tribunais Constitucionais.¹⁴¹ Porém, é também evidente que um ponto de elevada gravidade tem sido negligenciado pela teoria democrática e pela teoria da constituição do Século XXI: a relação da jurisdição consigo mesma, isto é, dos tribunais com os juízes e dos tribunais entre si. Cuida-se de dimensão da maior relevância, nomeadamente quando se pressupõe que a distribuição constitucional de atribuições, inclusive para a guarda interpretativa da própria Constituição, deve se colocar acima de qualquer desses órgãos.

Considerando a tese encampada no tópico anterior, um ato de desrespeito à Convenção Americana sobre Direitos Humanos representa uma violação à Constituição da República. Nessa perspectiva, a defesa relativa à existência de um sistema de duplo controle perde, de certa forma, o sentido, na medida em que o controle de convencionalidade passa a ser também controle de constitucionalidade. A distinção se encontra, na verdade, nos parâmetros de fiscalização, já que as disposições da Convenção Americana permanecem descoladas do corpo orgânico da Constituição de 88. Por isso, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que constitui um órgão integrante da estrutura jurisdicional brasileira, assumem um lugar de especial destaque, porquanto traduzem a expressão de um controle que, em última análise, é também constitucional.

Portanto, a eficácia vinculante dessas decisões não pode mais consistir em ponto de dúvida ou questionamento, tendo em vista que o ordenamento jurídico a reconhece em sua larga inteireza. O artigo 7º do ADCT e o artigo 68.1 da Convenção, já muitas vezes citados, representam com fidelidade esse reconhecimento. O que é preciso perceber, neste estágio da reflexão, é a possibilidade de essas decisões prevalecerem sobre entendimentos firmados pelos órgãos judiciais internos, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Essa prevalência se arrima não em uma posição estanque e fixa de privilégio institucional, mas na medida substancial do pronunciamento decisório exarado.

A Corte, por sua vez, esclarece de modo diverso, instituindo a si própria como “intérprete última da Convenção Americana”:

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,

¹⁴¹ Cf., por exemplo, Bustamante (2015, pp. 372-393).

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* (2010a, p. 65, destaque nosso).

O equívoco dessa colocação pode ser clarificado tendo como base as elaborações teóricas constantes do capítulo 4. A necessidade corrente de preservação do caráter aberto e inacabado da identidade do sujeito constitucional não permite, já à primeira vista, que o espaço público-decisório seja enjaulado nas circunscrições de uma única instituição-intérprete. Outrossim, em se assumindo uma perspectiva verdadeiramente pluralista, o encerramento do processo decisório pela aposição de uma “última palavra” realiza o inverso do que a busca ao mesmo tempo necessária e impossível por justiça objetiva alcançar.

Nesses termos, a irrefutabilidade da eficácia vinculante das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode resultar na sua cristalização. Feitos alguns ajustes, a mesma perspectiva é também aplicável ao Supremo Tribunal Federal, ao qual não é dado, no exercício da guarda da Constituição, apropriar-se do espaço deliberativo atinente à densificação das normas constitucionais. Na esteira das considerações elaboradas por Habermas, Derrida e Rosenfeld, adotadas como referenciais neste trabalho, o espaço público-decisório referente à concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser dinamicamente distribuído e compartilhado entre o Supremo e a Corte, de tal modo que, na dialética intransponível entre identidade e diferença, possa prevalecer a decisão que, a teor de avaliações argumentativas cumpridas na esfera pública, mais efetivamente preserva e plenipotencializa o projeto universalizante e emancipatório do constitucionalismo.

6 ARTICULAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

6.1 Da Constituição transversal ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

A reflexão do capítulo 5 possibilita concluir que a importância do papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 320 não pode ser explicada pela pelo desempenho de um suposto papel de “senhor da Constituição”. O STF não monopoliza o espaço de densificação das normas constitucionais, já que a tarefa de atualizar o projeto constituinte de Estado Democrático de Direito pertence a todos os cidadãos. Não é, portanto, pela competência expressamente prevista no caput do artigo 102 da Constituição de 88 que ao Tribunal será dado se apropriar do lócus constitucional. O destaque da participação do Supremo tem fatalmente que ver com o potencial substantivo da sua intervenção.

Neste capítulo final, é primeiramente examinada a proposta teórica de Marcelo Neves no que toca ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. Em seguida, é feita uma breve exposição do debate estadunidense a respeito do diálogo entre cortes e do uso por magistrados nacionais de orientações jurídicas alienígenas. Ao final, à luz do debate instaurado na ADPF nº 320, elabora-se uma rápida consideração acerca da justiça de transição no Brasil, bem como dos papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse processo.

Com base na Teoria dos Sistemas e em outros referenciais teóricos, Marcelo Neves aborda o fenômeno do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas a partir da concepção de um sistema jurídico mundial multicêntrico, estruturado em torno de “relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica” (2012, p. 117). É inequívoco que os entrelaçamentos dialógicos ocorrem nos mais diversos espaços de densificação do projeto constituinte e assimilação dos problemas constitucionais, mas é também irrefragável que a transversalidade entre ordens é mais acentuada e impactante na perspectiva da atividade jurisdicional,¹⁴² em virtude das particularidades que definem a comunicação conduzida por juízes e tribunais: a vinculação a argumentos de princípio, o dever institucional de realização do direito, a linguagem do contraditório e a exigência

¹⁴² Nos dizeres de Marcelo Neves, “nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre entre tribunais. Muitas vezes, há a incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais. Uma reinterpretação da própria ordem a que está vinculado um tribunal pode ocorrer em face da incorporação de sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas. Além disso, em outros níveis do sistema jurídico, há aprendizados e intercâmbios permanentes, como ocorre na relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países. Sem dúvida, porém, a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os juízes e tribunais, seja interjudicialmente ou não” (2012, p. 118).

público-deliberativa da imparcialidade. Tudo isso contribui para a continuidade de um inter-relacionamento reflexivo entre estruturas normativas que, a despeito de vindicarem primazia sobre o seu âmbito de domínio e incidência, promovem uma ininterrupta “reconstrução de sentido” de seus próprios conteúdos jurídicos (Neves, 2012, p. 118).¹⁴³ Sobretudo na esfera de “tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão” (Neves, 2012, p. 119),¹⁴⁴ o transconstitucionalismo importa em uma “fertilização constitucional cruzada” (Slaughter, 2003, p. 194). Nessa perspectiva, “as cortes constitucionais ‘citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva’. Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas” (Neves, 2012, p. 119).¹⁴⁵ Por isso,

Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito), ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco (Neves, 2012, p. 121).

A tese do transconstitucionalismo é construída com base na noção de Constituição transversal, superficialmente explicitada no tópico 4.1 desta dissertação. Mais que um mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, a Constituição do Estado moderno traduz uma instância de entrecruzamento das racionalidades obtidas a partir do processamento das práticas políticas e jurídicas. Das “pontes de transição” entre os espaços sistêmicos de experiência nasce uma “racionalidade transversal”, de tal forma a possibilitar que “a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem” (Neves, 2012, p. 63). Para o alcance dessa racionalidade, é preciso assegurar a ligação entre as estruturas básicas: de um lado, o plexo constitutivo de normas concernentes à elaboração válida de outras normas; de outro, a

¹⁴³ O autor anota que “no caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma ‘conversação constitucional’, que é incompatível com um ‘constitucional *diktat*’ de uma ordem em relação a outra. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’” (2012, p. 118).

¹⁴⁴ Segundo Marcelo Neves, trata-se de “tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-constitucionais” (2012, p. 119).

¹⁴⁵ A citação feita por Marcelo Neves é também a Anne-Marie Slaughter (2003, p. 193).

base orgânica de decisões a respeito do processo legítimo de tomada de decisões coletivas cogentes.¹⁴⁶ Nesse sentido,

A Constituição estatal moderna surge como uma “ponte de transição” institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade (Neves, 2012, p. 76).

Na Era Pós-Nacional, a relação transconstitucional busca preservar e atualizar essa racionalidade. A perspectiva se transforma com a propagação de sistemas jurídico-constitucionais “e a emergência de casos jurídicos transterritorializados relevantes para diversas ordens jurídicas: a atenção que essas dão, simultaneamente, a danos ambientais, a violações de direitos humanos ou fundamentais, a efeitos do comércio e finanças internacionais, à criminalidade transnacional” (Neves, 2012, p. 128). Como ocorrência cotidiana, essa emergência afeta o espectro reflexivo e a identidade da Constituição transversal. Na medida em que as indagações relativas à compatibilidade ou à incompatibilidade com o direito emergem como questionamentos necessários à operacionalização de um número significativo de ordens jurídicas, a estabilização de novas “pontes de transição” torna-se fundamental. “Evidentemente, essas “pontes”, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo” (Neves, 2012, p. 128). Assim, a articulação das estruturas reflexivas de uma ordem constitucional se fará necessária na medida e na extensão de cada caso concreto.

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável. (...). Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo (Neves, 2012, p. 129).¹⁴⁷

¹⁴⁶ Nos dizeres de Marcelo Neves, “no caso da Constituição transversal, o vínculo ocorre entre dois mecanismos reflexivos estruturais: por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante” (2012, p. 63).

¹⁴⁷ Para um exame das particularidades do transconstitucionalismo em suas expressões nas relações entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional, cf. Neves (2012, pp. 234). Outrossim, para uma análise do “transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, cf. Neves (2012, pp. 235-277).

Vê-se que, na defesa assumida por Marcelo Neves, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas corresponde, em resumo, a uma alternativa sistêmico-racional de tratamento dos problemas constitucionais.¹⁴⁸ Com certeza, a construção trazida à baila pelo professor consiste em uma aposta sofisticada na capacidade teórico-sistêmica de leitura e tradução dos fenômenos sociais, nomeadamente no que diz respeito à dimensão jurídico-constitucional das questões colocadas pela globalização. O que parece faltar é uma perspectiva normativa capaz de orientar a “conversação” entre os órgãos judicantes. Em outras palavras, muito embora Neves logre o êxito de lançar luzes sobre “os limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio normativo” (2012, p. 115), a sua construção carece profundamente de uma teoria da justiça que possibilite a constituição de canais e filtros reflexivos na adjudicação articulada. Sem isso, todo o empreendimento tende a ruir.

Na esteira do defendido no tópico 5.3, a aptidão executória ou mesmo argumentativa de uma decisão constitucional deve depender de uma avaliação qualitativa acerca de seu grau de atendimento aos princípios do constitucionalismo, no marco de um pluralismo abrangente. Com relação à “ponte de transição” que se manifesta na ADPF nº 320, o transconstitucionalismo entre a ordem constitucional brasileira e a ordem interamericana de proteção dos direitos humanos não pode ser lido a partir de uma simples descrição da observância ou da inobservância, pelos órgãos adjudicadores, dos parâmetros insertos nos respectivos espaços de controle jurídico. A articulação debatida nesta dissertação precisa ser equacionada à luz de um referencial de substância normativa: a exigência de realização do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito no Brasil. As diretrizes para esse equacionamento constam do tópico 6.3. Antes disso, contudo, passa-se a um exame, em desdobramento das ideias de Marcelo Neves, do debate no contexto norte-americano.

6.2 Convergência, resistência e articulação na adjudicação constitucional

Em *Roper v. Simmons*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reputou inconstitucional a aplicação da pena de morte em virtude de delito perpetrado antes de o infrator completar dezoito anos de idade. Com o acórdão, proferido em 1º de março de 2005, a Corte reconsiderou o precedente firmado em *Stanford v. Kentucky* (1989),¹⁴⁹ de modo a estabelecer

¹⁴⁸ Para uma reflexão acerca do transconstitucionalismo na América Latina, cf. Neves (2014, pp. 193-214).

¹⁴⁹ No caso, decidido em 26 de junho de 1989, uma maioria de cinco contra quatro juizes da Suprema Corte estadunidense confirmou a condenação do jovem Kevin Stanford à morte por crimes cometidos à época em que

o décimo oitavo aniversário como o marco-divisor da possibilidade de instituição da punição capital pelas legislações estaduais. A partir de então, a hipótese passou a ser abarcada pela proibição constante da 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, no sentido da impossibilidade de infligção de “punições cruéis ou não usuais”.

A referência ao direito estrangeiro na opinião da Corte representa o ponto em mais acirrada disputa.¹⁵⁰ Em seu inflamado voto divergente, o juiz Antonin Scalia escreve o seguinte:

Na iminência da aprovação de uma Constituição que outorgava a juízes de carreira o poder de anular leis editadas pelos representantes do povo, Alexander Hamilton garantiu aos cidadãos de Nova York que a medida implicava pouco risco, já que “o Judiciário não possui força nem vontade, apenas juízo”. (...) Que piada a decisão de hoje faz da expectativa de Hamilton, com o anúncio da conclusão da Corte de que o significado de nossa Constituição alterou-se nos últimos quinze anos – não, pensaria você, que a decisão desta Corte há quinze anos estava errada, mas que a Constituição sofreu alterações em seu significado. A Corte chega a esse resultado implausível pela afirmação, não do sentido original da Oitava Emenda, mas dos “parâmetros evolutivos de decência” da nossa sociedade nacional. (...). Como eu não acredito que o sentido da Oitava Emenda ou de outras disposições da Constituição deva ser determinado pela visão subjetiva de cinco juízes desta Corte ou de estrangeiros que pensem de forma similar, eu divirjo (2005b, pp. 607-608, tradução livre).¹⁵¹

Desde a sua exarcação, o precedente tem alimentado um enorme debate acerca da legitimidade do uso de orientações jurídicas alienígenas para a construção de provimentos jurisdicionais internos nos Estados Unidos. Segundo Vicki Jackson, a história institucional dos tribunais, sobretudo em respeito à jurisprudência consolidada com base na experiência de outras ordens jurídicas, é apenas uma parte da controvérsia que tomou conta do espaço forense e acadêmico norte-americano. A questão acerca da adequação da utilização do direito

ele possuía dezessete anos. Um ano antes, em *Thompson v. Oklahoma*, a Corte definira que a aplicação da pena de morte por delito cometido por infrator na idade de quinze anos consistia em “punição cruel e não usual”, conforme vedação constante da 8ª Emenda (1988). Em 2003, o Governador de Kentucky elidiu a punição capital imposta a Stanford, dois anos antes da prolação do *overruling* em *Roper v. Simmons*.

¹⁵⁰ Como Relator para a opinião da Corte, o juiz Anthony Kennedy escreve que “a convicção deste colegiado de que a pena de morte consiste em punição desproporcional para infratores menores de 18 anos encontra confirmação na abaladora realidade em que os Estados Unidos são o único país no mundo que continua a sancionar oficialmente a pena de morte juvenil” (2005a, p. 575). No original: “Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty”.

¹⁵¹ No original: “In urging approval of a constitution that gave life-tenured judges the power to nullify laws enacted by the people’s representatives, Alexander Hamilton assured the citizens of New York that there was little risk in this, since “[t]he judiciary...ha[s] neither FORCE nor WILL but merely judgment.” (...) What a mockery today’s opinion makes of Hamilton’s expectation, announcing the Court’s conclusion that the meaning of our Constitution has changed over the past 15 years – not, mind you, that this Court’s decision 15 years ago was wrong, but that the Constitution has changed. The Court reaches this implausible result by purporting to advert, not to the original meaning of the Eighth Amendment, but to “the evolving standards of decency” (...) of our national society. (...) Because I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners, I dissent”.

alienígena liga-se a um contexto mais amplo de desacordos em torno do método mais apropriado de interpretação constitucional (Jackson, 2005, p. 111; 2010, pp. 5-6). De toda forma, a discussão mostra-se bastante útil no que toca ao esclarecimento de razões normativas para a articulação entre cortes pertencentes a sistemas jurídicos distintos.

Com o arremate da Segunda Guerra Mundial, o advento e a consolidação de um número expressivo de sistemas de proteção dos direitos fundamentais e fiscalização da limitação do poder político permitiram a globalização das questões constitucionais. Nesse novo contexto, os mais diversos órgãos jurisdicionais, presos a variadas conjunturas estatais, passaram a se ocupar, simultânea e paralelamente, do mesmo plexo de conflitos e dúvidas concernentes à interpretação dos direitos e deveres básicos e à assimilação da relação entre o Estado e a sociedade. Em uma proposta de leitura desse fenômeno, Jackson classifica três posturas modelares assumidas pela jurisdição constitucional interna na utilização do direito estrangeiro e do direito internacional: a convergência, a resistência e a articulação:

Ao menos três modelos descrevem, de maneira geral, a relação entre cortes constitucionais domésticas e o direito advindo de fontes alienígenas. O juiz Scalia acusou a Suprema Corte em *Roper* de assumir o desejo da convergência com o direito de outras nações – o Modelo da Convergência. Ele sugeriu, por sua vez, um enfoque de resistência à influência constitucional externa – o Modelo da Resistência. Nenhum desses modelos traduz adequadamente o perfil de nossas práticas constitucionais. Na verdade, a Constituição pode ser concebida mais fielmente como um espaço de articulação com o alienígena – informado, mas não controlado pela consideração a normas jurídicas estrangeiras e às questões que elas colocam aos intérpretes de nossa Constituição – o Modelo da Articulação (Jackson, 2005, p. 112, tradução livre).¹⁵²

O modelo de convergência concebe o direito constitucional como um espaço de realização do direito alienígena, na medida em que genericamente incorpora as suas diretrizes como orientações próprias, internalizando-as pela aplicação. Já o modelo de resistência, por outro lado, pressupõe a Constituição como um mecanismo de diferenciação entre o direito constitucional interno e o direito praticado por outros sistemas. Na prática estadunidense, por exemplo, o argumento da forma federativa de Estado é usualmente aventado em face de iniciativas interpretativas de constitucionalização de direitos fundamentais decorrentes de regimes estrangeiros ou internacionais (Jackson, 2010, pp. 17-66). Além disso, conforme já explicitado anteriormente, a posição de Antonin Scalia é radical no sentido da completa

¹⁵² No original: “At least three models might broadly describe the relationships between domestic constitutions and law from transnational sources. Justice Scalia accused the Court in *Roper* of assuming the desirability of convergence with other nations’ laws – the Convergence Model. He proposed instead an approach that relishes resistance by national constitutions to outside influence – the Resistance Model. Neither of these models, standing alone, is a good fit with our constitutional practices. Rather, the Constitution can best be viewed as a site of engagement with the transnational, informed but not controlled by consideration of other nations’ legal norms and the questions they put to interpreters of our specifically national constitution – the Engagement Model” (p. 112).

impropriedade do direito estrangeiro e do direito internacional para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais norte-americanas.

Porém, pode-se, em uma terceira perspectiva, encarar a jurisdição constitucional como um locus de articulação interpretativa, em prol do enquadramento, da projeção e da assimilação institucionais da tensão interlocucional que permeia a relação entre o direito constitucional interno e o direito alienígena. “Nesse prisma, os intérpretes constitucionais não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, nem presumivelmente exemplar. Por outro lado, eles não fecham os olhos para a experiência vivida por outras ordens jurídicas”. Por isso, conforme pontua Jackson, “as fontes alienígenas são encaradas como interlocutoras, oferecendo uma alternativa para testar o entendimento que se tem sobre as suas próprias tradições, analisando-as em comparação reflexiva com as dos outros” (2005, p. 113, tradução livre).¹⁵³

A abordagem da articulação na adjudicação de problemas constitucionais auxilia a compreensão de um povo sobre sua própria Constituição por inúmeras razões. Jackson salienta três delas (2010, pp. 71-102). Em primeiro lugar, a abertura interpretativa a orientações, direcionamentos e experiências estrangeiras ou internacionais é capaz de sofisticar a perspectiva de leitura constitucional, na medida em que o enfrentamento das mesmas questões por regimes distintos permite compor um quadro rico de aprendizagem intercruzada. Em outras palavras, “se mais de uma interpretação da Constituição é plausível a partir das fontes domésticas, abordagens realizadas em outros sistemas podem fornecer informação empírica de utilidade para a definição de qual das interpretações aventadas é a melhor” (Jackson, 2005, p. 116, tradução livre).¹⁵⁴ Não se ignora, por óbvio, que a importação desorientada e irrefletida de institutos e alternativas alienígenas pode facilmente resultar no insucesso da interlocução. Porém, a articulação propriamente dita, diferentemente da convergência, subentende como necessária a contextualização crítica, por vezes muito complexa, das práticas jurídicas em sistemas alienígenas. Em segundo lugar, a comparação articulada entre experiências jurídicas diferentes pode esclarecer a singularidade do sistema constitucional interno. Isso quer dizer que, em uma interlocução verdadeiramente vocacionada ao aprimoramento da interpretação da Constituição, a consideração a respeito

¹⁵³ No original: “On this view, the constitution’s interpreters do not treat foreign or international material as binding, or as presumptively to be followed. But neither do they put on blinders that exclude foreign legal sources and experience. Transnational sources are seen as interlocutors, offering a way of testing understanding of one’s own traditions and possibilities by examining them in the reflection of others”.

¹⁵⁴ No original: “If more than one interpretation of the Constitution is plausible from domestic legal sources, approaches taken in other countries may provide helpful empirical information in deciding what interpretation will work best here”.

das práticas vivificadas em outras ordens permite muitas vezes fundamentar a inaplicabilidade das orientações alienígenas, em vista das particularidades do direito aplicado. Por fim, a ampliação da vertente de apreciação das questões constitucionais possibilita assimilar a dimensão supranacional dos direitos humanos, sobretudo no que se refere à qualidade de um parâmetro de institucionalização, como no exemplo da proibição da “crueldade” das punições movidas pelo Estado. O constitucionalismo moderno traduz, especialmente no mundo ocidental, um conjunto de valores originariamente inspirados nas mesmas premissas abstratas. Outrossim, a articulação interpretativa importa na maximização da transparência do processo decisório em âmbito jurisdicional, porquanto se arrima na identificação, no isolamento e na consideração crítica de pronunciamentos tomados por agentes públicos estrangeiros ou internacionais, em situações análogas de responsabilidade e similarmente vocacionados à imparcialidade. A comparação crítica não só permite aos adjudicadores que se distanciem de suas pré-compreensões e reações primárias frente a um problema jurídico-concreto, mas também potencializa uma fiscalização dialética dessas pré-compreensões e reações (Jackson, 2005, pp. 123-128).¹⁵⁵

Em reflexão de orientação bastante semelhante, embora mais ousada no que respeita à pretensão teórica, Jeremy Waldron apregoa que o uso de referenciais jurídicos alienígenas na adjudicação é por vezes pertinente e apropriado. Essa assertiva se assenta não apenas na constatação de que o apoio de marcos externos ao sistema de aplicação é eventualmente indispensável à racionalização do processo decisório jurisdicional, mas sobretudo na tese de que questões convergentemente equacionadas na legislação e na jurisdição alienígenas podem confluir a um corpo normativo parcialmente implementável na administração do direito interno. A esse corpo Waldron dá o nome de *ius gentium*. Sua preocupação tem exatamente que ver com a natureza de um direito que é comum às sociedades políticas modernas.

O debate nos Estados Unidos é alimentado pelas diretrizes extraídas da jurisprudência dos tribunais. Embora o caso mais célebre seja o já citado *Roper v. Simmons*, a problemática atinente ao uso de orientações jurídicas alienígenas em decisões tomadas pelo Judiciário estadunidense é mais antiga e polivalente. Um ponto nevrálgico da discussão diz respeito à aplicação do *Alien Tort Statute*, editado em 1789, que estabelece que “as cortes terão jurisdição para a apreciação de ações civis ajuizadas por estrangeiros com base em delitos perpetrados em violação ao direito das nações e aos tratados de que façam parte os Estados

¹⁵⁵ Para um exame casuístico da adjudicação constitucional nos Estados Unidos, à luz dos modelos de convergência, resistência e articulação, cf. Jackson (2010, pp. 103-285).

Unidos”.¹⁵⁶ A celeuma respeita, em grande medida, à interpretação da expressão “direito das nações”. No voto concorrente apresentado quando do julgamento do caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, ocorrido em 2004, o Juiz Antonin Scalia especificou, com clareza, o que entendia como a única possibilidade de encaminhamento interpretativo da noção de “direito das nações” no contexto do ordenamento jurídico estadunidense:

A porção do direito comum conhecida como o direito das nações era compreendida com referência às práticas relativas às relações das nações umas com as outras (...) e com os piratas em alto mar, cuja ação era hostilizada por todas elas e para além de todas as jurisdições territoriais (...). Essas práticas foram em sua maior parte, se não em sua integralidade, transformadas em legislação dos Estados Unidos, de forma que, naquilo que as concerne, o desaparecimento do direito comum é desimportante. A noção de que o direito das nações, redefinido para significar o consenso entre os Estados a respeito de qualquer assunto, possa ser manejado por um jurisdicionado comum para controlar o tratamento de um soberano sobre seus próprios cidadãos dentro de seu próprio território constitui uma invenção do século XX, apregoada por acadêmicos internacionalistas e defensores dos direitos humanos. (...). Os pais fundadores ficariam horrorizados com a defesa de que, por exemplo, a adoção democrática da pena de morte pelos povos americanos poderia ser judicialmente anulada com arrimo em opiniões estrangeiras de desaprovação (2004b, pp. 749-750, tradução livre).¹⁵⁷

Por outro lado, ideia de “direito das nações” (ou, como já mencionado, *ius gentium*)¹⁵⁸ defendida por Waldron se refere a um conjunto de comandos jurídico-positivos, comum a determinados ordenamentos estatais, que regula o plexo de relações entre os cidadãos (esfera privada) e entre estes e o Estado (esfera pública). A possibilidade de identificação e de reconhecimento desse direito a partir da perspectiva de qualquer sistema jurídico é precisamente o que fundamenta a sua normatividade.

Genericamente concebido, o *ius gentium* traduz um plexo de princípios, “normas que não necessariamente possuem um corpo textual definido, mas servem de referência em

¹⁵⁶ No original: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”.

¹⁵⁷ No original: “That portion of the general common law known as the law of nations was understood to refer to the accepted practices of nations in their dealings with one another (treatment of ambassadors, immunity of foreign sovereigns from suit, etc.) and with actors on the high seas hostile to all nations and beyond all their territorial jurisdictions (pirates). Those accepted practices have for the most part, if not in their entirety, been enacted into United States statutory law, so that insofar as they are concerned the demise of the general common law is inconsequential. The notion that a law of nations, redefined to mean the consensus of states on any subject, can be used by a private citizen to control a sovereign’s treatment of its own citizens within its own territory is a 20th-century invention of internationalist law professors and human rights advocates. (...). The Framers would, I am confident, be appalled by the proposition that, for example, the American peoples’ democratic adoption of the death penalty, (...), could be judicially nullified because of the disapproving views of foreigners”.

¹⁵⁸ Com relação ao uso da expressão *ius gentium*, Waldron pondera que o termo equivalente no direito anglo-saxão, “direito das nações”, parece distinguir, em sua apreensão histórica, uma aproximação do conceito de direito internacional – distanciando-se, portanto, da ideia defendida em sua tese. Sobre essa opção terminológica, cf. Waldron (2012b, pp. 27-29). Considerando a quase inaplicabilidade da expressão “direito das nações” em língua portuguesa, não se faz distinção, nesta dissertação, entre o seu uso e o da nomenclatura preferida por Waldron.

virtude da maneira com que representam o peso de certas razões na argumentação jurídica” (Waldron, 2012b, p. 63, tradução livre).¹⁵⁹ No embasamento dessa tese, o autor faz alusão ao famoso caso *Riggs v. Palmer*, julgado pela Corte de Apelação de Nova York em 1889. A questão em análise dizia respeito à possibilidade de o jovem Elmer Palmer, que envenenou o avô e foi, por esse motivo, condenado à prisão, perceber um quinhão da herança, de acordo com o estipulado em testamento deixado pelo assassinado. Na apreciação da controvérsia, o tribunal estadunidense entendeu que, a despeito de a literalidade do regramento aplicável apontar em sentido contrário, a afirmação da vontade do legislador não poderia resultar na outorga de um benefício decorrente da própria torpeza do beneficiado. Na opinião assinada pela maioria, o órgão pondera o seguinte:

Todas as normas, assim como todos os contratos, devem ser controladas em sua operação e em sua eficácia pelas máximas gerais e fundamentais do direito comum. Ninguém pode se beneficiar de sua própria fraude, ou extrair vantagem de sua própria torpeza, ou vindicar qualquer pretensão com base em sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade pelo cometimento de um crime. Essas máximas são ditadas pela política pública, fundamentam-se em um direito universal administrado por todos os países civilizados e em nenhum lugar podem ser superadas pela edição legislativa (1889, s. p., tradução livre).¹⁶⁰

A configuração da comunidade de princípios, à luz do precedente citado, está escorada em dois pilares essenciais: o caráter de máximas fundamentais do direito comum e a base axiológica fundada em um direito universal administrado por todos os países civilizados. O primeiro elemento é tomado por Ronald Dworkin como o alicerce de sua crítica inaugural ao positivismo jurídico, nos idos da década de 1970 (1977). A pretensão de Waldron, por sua vez, é “trazer os dois elementos à tona, aventando seriamente a possibilidade de os princípios jurídicos basilares serem aferíveis não só de um corpo singular de direito positivo, conforme defendido por Dworkin, mas também de uma multiplicidade de sistemas jurídicos em comunhão” (Waldron, 2012b, p. 67, tradução livre).¹⁶¹ Isso porque, de acordo com o autor, “princípios cuja presença não é aparente em um sistema jurídico podem ser mais claramente visualizados pela perspectiva de um arranjo de muitos sistemas jurídicos”, o que embasa a constatação de que a onipresença desses princípios consiste em “característica do direito no

¹⁵⁹ No original: “(...) norms that do not necessarily have any definitive textual embodiment but can be referred to nevertheless for the way in which they represent the weight of certain sorts of reasons in legal argument”.

¹⁶⁰ No original: “(...), all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes”.

¹⁶¹ No original: “My aim is to bring the two aspects together, taking seriously the possibility that deep background principles, legal principles, may be inferred not just from a single existing body of positive law in the way that Dworkin argued, but also from multiple legal systems taken together”.

mundo – o direito comum a toda a humanidade –, e não apenas a propriedade de sistemas individuais (...)” (Waldron, 2012b, p. 67, tradução livre).¹⁶²

Nessa perspectiva, percebe-se que o *ius gentium* pode ser traduzido como uma manifestação do constitucionalismo moderno, especialmente quanto à autoexecutoriedade e à inderrogabilidade das normas de *jus cogens*. O *jus cogens* expressa um “direito das nações”, buscando proteger o caráter plural e abrangente do projeto universal de proteção e potencialização da dignidade humana. Em parecer apresentado à Comissão da Verdade do Estado de São Paulo Rubens Paiva e ao Grupo de Trabalho Juscelino Kubitschek do Largo São Francisco, Emílio Meyer menciona a “perspectiva internacionalista” do Estado de Direito Humanitário, pautada no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Direitos Humanos (2014, pp. 14-16). Sem excluir as experiências particulares de cada Estado, tal perspectiva situa os direitos humanos na centralidade do sistema jurídico. Ruti Teitel dá a esse prisma o nome de *Humanity’s Law*: “a fundamentação das decisões de diversos atores estatais passa se colocar sobre uma gama imensa de normas de Direito Internacional que têm em vista a proteção do indivíduo” (Meyer, 2014, p. 15).¹⁶³

Nenhuma dessas perspectivas [perspectiva internacionalista e identidade constitucional do Estado] exclui-se mutuamente. Mas é preciso apontar que há, sim, em eventual situação de conflito, uma preponderância do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sem que seja necessário supor uma superioridade hierárquica de todo o Direito Internacional, como em Hans Kelsen, o que ocorre é que a justiça de transição permite ou, aliás, exige essa comunicação entre os diversos sistemas.²⁹ Isto se torna evidente ao nos defrontarmos com a maneira como tratados, normas de *jus cogens* e o costume internacional passam a ser referenciados na ordem interna anterior, concomitante ou posteriormente a decisões de órgãos supranacionais de direitos humanos. Ou mesmo quando se pensa na forma como juízes e tribunais referendam outras decisões de tribunais estrangeiros (Meyer, 2014, p. 16).

Na ADPD nº 320, a prevalência normativa da orientação adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em detrimento do entendimento arbitrado pelo Supremo Tribunal Federal, está assentada na constatação de que a sentença internacional expressa, de maneira mais transparente e acertada, os princípios constitucionais que orientam o projeto de racionalização dos processos públicos de formação da vontade soberana e valorização da pessoa humana em sua dignidade, mediante a preservação e a plenipotencialização de sua autonomia pública e de sua autonomia privada. Na conversação proposta, cumprirá ao Supremo considerar a decisão da Corte, observando a argumentação construída, de forma que

¹⁶² No original: “(...), principles whose presence may not be so apparent in one system may come more clearly into view when we look at a whole array of legal systems. And if that is the case, then their presence as legal principles will be a characteristic of law in the world – laws common to all mankind – rather than just the property of the individual systems in which they figure one by one”.

¹⁶³ Emílio Meyer faz referência à obra “*Humanity’s Law*”, de Ruti Teitel (2011).

o novo provimento interno seja ao mesmo tempo um reflexo e uma superação da adjudicação no caso *Gomes Lund*, sem que isso implique a perda de qualquer dos avanços alcançados.

Nessa conjuntura, o que se vê é a abertura para o STF de uma nova chance de articulação. É interessante observar que, a despeito das considerações incisivas feitas pelos Ministros no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343, no sentido do valor cognitivo e argumentativo do material jurídico oriundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Tribunal não demonstrou, no julgamento da ADPF nº 153, qualquer preocupação para com as previsões da Convenção Americana ou a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de um exemplo simples e superficial do que Emílio Meyer apontou, em sua tese de doutorado, como sendo uma carência crônica de integridade na análise realizada pelo STF (2012, pp. 9-217). Daí a razão de a arguição ajuizada pelo PSOL traduzir uma oportunidade única de redenção jurisdicional.

6.3 Escolher a herança: o Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a justiça de transição no Brasil

Na ADPF nº 320, leva-se à apreciação do Supremo Tribunal Federal a questão relativa à possibilidade de responsabilização criminal dos agentes repressores da ditadura civil-militar de 64, envolvidos na perpetração de crimes contra a humanidade. Ao longo deste trabalho, pretendeu-se demonstrar não apenas que a arguição afigura-se cabível, mas principalmente que a fiscalização feita à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos traduz manifestação de um controle que tem como parâmetro, em última análise, a Constituição da República de 1988.

Apesar da diferença na abordagem da relação entre os sistemas de controle da convencionalidade e da constitucionalidade dos atos estatais, a Procuradoria-Geral da República assimila a noção de que descumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos importa em desprezar o direito constitucional vigente. Nesse prisma, o Procurador sustenta que a interpretação e a aplicação que o sistema de justiça brasileiro tem dado à sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos viola os artigos 1º, inciso III, 4º, inciso I, e 5º, §§ 1º e 2º, do corpo permanente, e 7º do ADCT, todos da Constituição da República. A postura jurisdicional de negativa de efeito vinculante às determinações do sistema interamericano transgredem os §§ 1º e 2º do artigo 5º, porquanto estes estabelecem a prevalência, inclusive com *status* constitucional, das normas constantes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Estado é parte. Já quanto aos artigos

1º, inciso III, e 4º, inciso I, o que se afirma é que a omissão estatal representa uma violação à centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que deixa “ao desamparo milhares de vítimas diretas e indiretas de atos ilícitos praticados por agentes do Estado brasileiro e seus colaboradores na época da ditadura militar de 1964-1985” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 38). Essa situação caracteriza “omissão não permitida, vedada no Estado de Direito pela proibição de proteção insuficiente” (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 38), conhecida no Direito Público alemão pela máxima da *Untermaßverbot*.

A dignidade humana corresponde, nessa construção, a um alicerce fundamental:

A dignidade humana é a medida e o fundamento de todos os direitos fundamentais e o centro da proteção ao indivíduo, reconhecendo no homem singularidade não puramente corporal ou animal, mas também racional. Mais do que atribuir-lhe racionalidade, trata-se de reconhecer a característica de ser capaz de tomar a si mesmo como objeto da própria reflexão. A razão é propriedade única do ser humano nesse sentido reflexivo de posicionar-se frente ao mundo, de perceber sua existência e o fim dela, projetando sua morte (Dilthey). Também é marca de ser capaz de programar-se entre os atos pretéritos e as expectativas do futuro, revelando-se mais que um “ser” um “poder-ser”, ou seja, ser em potencial e em constante evolução, ente em “permanente inacabamento” (Heidegger) e por esse motivo insubstituível. É por causa dessa singularidade que o ser humano possui especial proteção jurídica, em constante aperfeiçoamento (Brasil. Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 36).

No presente capítulo, foram problematizadas as principais frentes de discussão a respeito das conversações que são estabelecidas entre órgãos judicantes inseridos em sistemas jurídicos distintos. Não obstante a clareza da necessidade de se conceberem “pontes de transição” entre os espaços jurisdicionais tomados pela apreciação das questões constitucionais que atormentam os intérpretes contemporâneos, o que se observa, no geral, é uma defesa insípida e vazia da articulação entre tribunais.

No tópico 5.3, o resgate das teorias normativas amplamente discutidas no capítulo 4 permitiu o esclarecimento da ideia de que, no que se refere à ADPF nº 320, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal devem ocupar parcelas dinamicamente aferíveis do espaço público-decisório. Isso significa dizer que nenhum dos dois órgãos exerce, prévia e irresponsavelmente, a prerrogativa da última palavra a respeito da inconveniência – e conseqüente inconstitucionalidade – da Lei 6.683/1979. O que orienta a distribuição do espaço em prol da sentença no caso *Gomes Lund* é o seu valor substancial, isto é, o fato de o pronunciamento da Corte Interamericana ter encampado, em uma postura de transparência e fidelidade à história constitucional brasileira, a tese de que a anistia política de 79 é incompatível com a Convenção Americana.

O patriotismo constitucional possibilita encarar as obrigações inerentes à justiça de transição como corolárias da proposta de realização de um ambiente deliberativo aberto e plural. A fidelidade à Constituição, entendida como referencial de garantia dos pressupostos necessários à consolidação de uma política deliberativa, fundada nos direitos fundamentais ligados à sedimentação da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, é o principal baluarte da percepção de que é indispensável proceder ao cumprimento dos direitos humanos, mediante o esclarecimento das violações e a responsabilização dos agentes estatais envolvidos na prática dos crimes contra a humanidade.

Com Habermas, Derrida e Rosenfeld, a assunção de uma postura democrática e plural importa, tendo como pano de fundo a ADPF nº 320, na reafirmação da completa incompatibilidade da anistia de 79 com a ordem constitucional de 88. Os homicídios, as torturas e os desaparecimentos forçados perpetrados no contexto da ditadura civil-militar de 64 constituíram atentados violentos ao pluralismo social, visando a minar as oposições e dissidências políticas. No marco de um pluralismo abrangente, que se alimenta da diversidade de orientações e preferências, a assimilação dessas oposições e dissidências consistia em providência inafastável; por isso mesmo, o ato violento de supressão das diferenças políticas é contrário à lógica pluralista, não podendo ser tolerado. Como o autoritarismo é, na sua essência, não plural, a realização de uma cultura política pluralista, calcada na primazia do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, reclama amplamente o combate ao legado autoritário.

Como elemento relevante no processo de constitucionalização do Estado Democrático de Direito, a justiça de transição compreende um conjunto de providências judiciais e não judiciais que visam à assimilação, na passagem para a democracia, do legado autoritário de violação de direitos e garantias básicas. Em momentos de transição de períodos de conflito ou repressão, a sustentabilidade de propostas de reestruturação civilizacional e democratização depende de uma abordagem que leve em conta a justiça em sua comunicação com a injustiça progressa. Nesses termos, a justiça de transição implica uma “concepção de justiça associada a conjunturas de mudança política, caracterizada por respostas jurídicas aos desvios cometidos por regimes repressivos do passado” (Teitel, 2003, p. 69, tradução livre).¹⁶⁴ A sua efetivação passa, assim, pela dimensão do reconhecimento, no sentido do resgate, da recuperação e da afirmação da titularidade de direitos por parte dos atingidos pelas

¹⁶⁴ No original: “Transitional justice can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes”. Para uma análise da justiça de transição no marco das transformações do constitucionalismo, cf. Teitel (2014, pp. 181-207).

arbitrariedades (Baggio, 2010, pp. 258-285). Em outras palavras, embora o desvelamento dos fatos e o esclarecimento das condutas traduzam condições inarredáveis para a concretização do direito à memória e à verdade e a resolução de outras medidas, a realização da justiça transicional não se resume a um *conhecimento* do passado, perpassando sobretudo o *reconhecimento* das violações a direitos e a consequente atribuição de responsabilidades.

A percepção dessa abrangência está no centro do debate acerca da possibilidade de responsabilização dos agentes da repressão ditatorial brasileira. É exatamente pela tomada (gradual e conflituosa) de consciência de que “não deve haver (...) uma total exclusão entre verdade e justiça” (Meyer, 2012, p. 254) que a viabilidade da propositura de ações judiciais contra perpetradores é posta em questão: como efetivar a justiça de transição no Brasil frente ao empecilho da Lei de Anistia de 1979? Embora esta indagação se desdobre em outros muitos questionamentos, sua essência evidencia o mote impulsionador das iniciativas refletidas não só na propositura das arguições de descumprimento de preceito fundamental nº 153 e nº 320, mas também em inúmeras medidas tomadas em âmbito executivo, legislativo e judicial.

Em entrevista conduzida pela historiadora e psicanalista francesa Elisabeth Roudinesco, Jacques Derrida comenta a questão da escolha da herança, tanto no que respeita ao legado filosófico quanto para a memória linguística, cultural e político-social. A posição do herdeiro é a de um ator que “reafirma” o que o precede, ressignificando a bagagem que lhe é involuntariamente atribuída. A ideia de “reafirmação” diz respeito a um postura de enfrentamento reflexivo adotada por aquele que não simplesmente aceita o que herda, mas assimila a sua herança e a atualiza, de modo a “mantê-la viva”.¹⁶⁵ Isso não significa que a herança seja propriamente escolhida, mas que existe uma escolha no ato de preservá-la. “Essa reafirmação, que ao mesmo tempo continua e interrompe, no mínimo se assemelha a uma eleição, a uma seleção, a uma decisão” (Derrida; Roudinesco, 2004, p. 13).

Nessa linha de ideias, o herdeiro atende a um predicado de “dupla injunção”, o que perfaz, a princípio, uma contradição formal. Isso porque a ação de receber a herança, de herdar o “antes de nós”, está situada no limiar entre a passividade de ser eleito e a atividade de eleger. O passado alcança seus herdeiros, mas estes não se deixam ser engolidos por ele, vez que se posicionam ativamente como intérpretes livres de um universo que não apenas os

¹⁶⁵ Derrida anota que “reafirmar” implica “não apenas aceitar essa herança, mas relançá-la de outra maneira e mantê-la viva. Não escolhê-la (pois o que caracteriza a herança é primeiramente que não é escolhida, sendo ela que nos elege violentamente), mas escolher preservá-la viva. A vida, no fundo, o ser-em-vida, isso talvez se defina por essa tensão interna da herança, por essa reinterpretação do dado do dom, até mesmo da filiação” (Derrida; Roudinesco, 2004, pp. 12-13).

antecede, mas do qual eles fazem sabidamente parte. Esse entrecruzamento só é possível na perspectiva da finitude humana, que obriga o agente a se inserir em uma comunidade fatalmente mais abrangente e longeva que ele (da qual ele é herdeiro) e, por outro lado, responder a ela mediante escolhas, vicissitudes e preferências.¹⁶⁶

Seria preciso portanto partir dessa contradição formal e aparente entre a passividade da recepção e a decisão de dizer “sim”, depois selecionar, filtrar, interpretar, portanto transformar, não deixar intacto, incólume, não deixar salvo aquilo mesmo que se diz respeitar antes de tudo. E depois de tudo. Não deixar a salvo: salvar, talvez, ainda, por algum tempo, mas sem ilusão quanto a uma salvação final (Derrida; Roudinesco, 2004, p. 13).

Nessa leitura, o herdeiro assume um grau dobrado de responsabilidade, porquanto se endivida tanto perante o passado (que é por ele recebido e assimilado) quanto perante o futuro, no sentido da herança que está *por vir*, do potencial de uma entrega (que não é plenamente alcançável e, por isso mesmo, não se esgota) a ser herdada pelas gerações futuras.¹⁶⁷ Por essa razão, a ideia de herança para Derrida “implica não apenas reafirmação e dupla injunção, mas a cada instante, em um contexto diferente, uma filtragem, uma escolha, uma estratégia. Um herdeiro não é apenas alguém que recebe, é alguém que escolhe, e que se empenha em decidir” (Derrida e Roudinesco, 2004, p. 17).¹⁶⁸

De modo muito claro, a ADPF nº 320 representa uma oportunidade de assunção de uma postura renovada, consciente, ativa e democrática na “escolha” da herança autoritária de 64. Conceber a arguição como um veículo de mera reivindicação pelo cumprimento da sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* implica ignorar o seu potencial reconstrutivo. O que está em jogo, na verdade, é a própria concepção do projeto constituinte de 88, sua amplitude e seu papel na construção do Estado Democrático de Direito no Brasil. Por isso mesmo, o debate reinstalado deve necessariamente perfazer uma reformulação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. É sempre tempo de reconstruir.

¹⁶⁶ Derrida salienta que “só um ser finito herda, e sua finitude o obriga a isso. Obriga-o a receber o que é maior, mais antigo, mais poderoso e mais duradouro que ele. Mas a mesma finitude obriga a escolher, a preferir, a sacrificar, a excluir, a deixar de lado. Justamente para responder ao apelo que o precedeu, para a ele responder e por ele responder – em seu nome como em nome do outro” (Derrida; Roudinesco, 2004, p. 14).

¹⁶⁷ Nessa perspectiva, Derrida pontua que “é-se responsável perante aquilo que vem antes de si mas também perante o que está por vir, e portanto também perante a si mesmo. Perante duas vezes, perante o que deve de uma vez por todas, o herdeiro está duplamente endividado. Trata-se sempre de uma espécie de anacronia: ultrapassar em nome de quem nos ultrapassa, ultrapassar o próprio nome! Inventar seu nome, assinar de maneira diferente, de uma maneira a cada vez única, mas em nome do nome legado, caso seja possível!” (Derrida; Roudinesco, 2004, pp. 14-15).

¹⁶⁸ Em seguida, Derrida finaliza uma de suas falas na entrevista com as seguintes afirmações: “Todo texto é heterogêneo. A herança também, no sentido mais amplo que dou a essa palavra, é um ‘texto’. A afirmação do herdeiro consiste naturalmente na sua interpretação, em escolher. Ele discerne de maneira crítica, ele diferencia, e é isso o que explica a mobilidade das alianças” (Derrida; Roudinesco, 2004, p. 17).

CONCLUSÕES

A presente dissertação se ocupou da tarefa de mapear e analisar os posicionamentos e argumentos que compõem o debate instaurado nos autos da ADPF nº 320. A organização do trabalho priorizou o enfrentamento de duas questões principais: (i) o cabimento da referida ADPF; e (ii) o equacionamento da tensão entre os sistemas de controle da convencionalidade e da constitucionalidade dos atos estatais.

Com relação à propositura da arguição, entende-se que a iniciativa empreendida pelo PSOL representa uma oportunidade singular de reabertura, perante o Supremo Tribunal Federal, do debate concernente à aplicabilidade da anistia de 1979 às graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura civil-militar de 1964. É sabido que a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade resultaria, em tese, em um espaço mais amplo, aberto e rico de construção da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos envolvidos na prática de crimes contra a humanidade. Porém, a operacionalidade do sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade por via principal impõe, tendo em vista o precedente firmado no julgamento da ADPF nº 153, um campo abalizado de atuação. O manejo da reclamação constitucional nº 18.686 elucida essa condição.

No tocante ao pedido de cumprimento das determinações exaradas pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*, formulado pelo PSOL em sua exordial, conclui-se que a ADPF nº 320 afigura-se cabível na modalidade incidental, para o encaminhamento do controle da omissão estatal relativa ao descumprimento da ordem de condução, em tempo hábil, das investigações e punições criminais aos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Paralelamente, quanto ao outro pedido constante da inicial, no sentido da declaração de inaplicabilidade da Lei de Anistia aos crimes da ditadura, a concepção assumida neste trabalho é a de que a pretensão deduzida a esse respeito reproduz a apresentada, em 2008, pelo Conselho Federal da OAB. Nesses termos, o ajuizamento da ADPF nº 320 importa na reiteração do pedido de reconhecimento da não recepção da Lei 6.683 pela ordem constitucional de 88, em prol da superação do entendimento firmado pelo STF em 2010.

Para a elaboração de uma linha de leitura acerca da relação entre os sistemas de controle da convencionalidade e da constitucionalidade da anistia de 79, procedeu-se a uma dissecação das contribuições teóricas de Jürgen Habermas, Jacques Derrida e Michel Rosenfeld a propósito do significado do constitucionalismo e da soberania estatal no marco de

uma Era Pós-Nacional. Para Habermas, as crises de soberania vividas no seio do Estado Nacional seriam suplantadas pela adoção de um patriotismo constitucional em escala global, capaz de sedimentar uma cultura cidadã e plural, baseada na afirmação do Estado de Direito e dos direitos fundamentais como condições de institucionalização e de possibilidade de uma política deliberativa de âmbito mundial. Em contraposição crítica, Derrida concebe a justiça como uma experiência do impossível, ressaltando a intransponibilidade da diferença que define o “outro”. Nessa ordem de ideias, a defesa da inclusão do “outro”, no marco de uma constelação pós-nacional, é enfrentada como corolária de um prisma de tolerância, o qual implica, em última análise, uma postura de subjugação do “outro” ao universo inalterável do “eu”. Com arrimo nessas duas reflexões, Rosenfeld formula a tese do pluralismo abrangente, de forma a considerar os desafios pós-nacionais pela perspectiva de um pluralismo amplo e plurilateral, dependente do robustecimento da diversidade, mas contrário às identidades baseadas na destruição do “outro”.

Abraçando essas três correntes, o trabalho passou, em seguida, à análise dos pontos de tensão entre a convencionalidade e a constitucionalidade no direito brasileiro. A teoria do “sistema de duplo controle”, incorporada pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer na ADPF nº 320, é rejeitada, ao argumento de que a fiscalização à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constitui, a rigor, um controle feito tendo como parâmetro a Constituição da República. Nesse contexto, a orientação fixada pelo Supremo no recurso extraordinário nº 466.343 é submetida a um processo de desconstrução, dando lugar à constatação de que a Convenção Americana consiste em ato normativo de *status* constitucional. Por fim, defende-se a institucionalização de um espaço de articulação constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana, mediante uma distribuição dinâmica do espaço decisório à luz de uma avaliação sobre o atendimento substantivo aos preceitos do constitucionalismo.

Mambembe é uma canção sobre a resistência. Em sua composição, Chico Buarque fala de uma resistência que não se esgota, diante da qual falham quaisquer tentativas de repressão ou dominação pela violência. Não se consegue exatamente reprimir ou dominar um homem que resiste, porque a violência se encerra (e se esvazia) com a morte. Assim, desse homem se obtém, no máximo, um corpo morto, mas jamais a sua obediência. Cantando a poesia dos ciganos-cidadãos brasileiros, Chico enuncia uma mensagem de oposição e obstinação. Segundo ele, os reprimidos, que são marginalizados “cantando debaixo da ponte”, continuarão “cantando”, mesmo “por baixo da terra”, porque ao final, de um jeito ou de outro, a verdade acaba proclamada “na boca do povo”. Na presente dissertação, a ADPF nº 320 é

figurada como um canal vivo de realização da justiça de transição, como a expressão de uma voz que, seja “debaixo da ponte” ou “por baixo da terra”, se coloca insistentemente em timbre de resistência. A responsabilidade pela proteção desse legado, por meio da afirmação, aqui e hoje, do projeto constituinte de Estado Democrático de Direito no Brasil, é do Estado, da sociedade, de todos nós.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(a) Livros e periódicos

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dalmás. Mutações no conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: SILVA FILHO, José Carlos; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dalmás. **Justiça de transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 111-131.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: the civil rights revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Souza; ABRÃO, Paulo; SANTOS, Cecília McDowell; TORELLY, Marcelo D. (orgs.). **Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2010, pp. 258-285.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASSIOUNI, M. Charif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BORRADORI, Giovanna. **Philosophy in a time of terror: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Baden-Baden: Nomos, 1982.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?. **The Modern Law Review**, v. 78, 2015, pp. 372-393.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. 2^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003b.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003c.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011a, pp. 207-247.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011b, pp. 19-59.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Art. 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 137-140.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito?** Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo – 15 anos depois. Apresentação no I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia, história constitucional e direitos humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, pp. 249-288.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder (orgs.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, pp. 7-34.

DERRIDA, Jacques. Force of law: the “mystical foundation of authority”. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (eds.). **Deconstruction and the possibility of justice**. Routledge: New York, 1992, pp. 3-67.

DERRIDA, Jacques. **Of Hospitality**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que Amanhã...: diálogo**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

DILLY PATRUS, Rafael. O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional. **Observatório da jurisdição constitucional**, ano 6, nº 2, jul./dez. 2013.

DILLY PATRUS, Rafael; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O poder constituinte no Brasil pós-1964: contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 63, 2014, p. 529-548.

DREIFUSS, René Armand. **1964: a conquista do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodium, 2014.

GRIMM, Dieter. Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung. In: BRENNER, Michael; HUBER, Peter M.; MÖSTL, Markus (orgs.). **Der Staat des Grundgesetzes: Kontinuität und Wandel**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 145-167.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: LOUGHLIN, Martin; DOBNER, Petra (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 3-22.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Die postnationale Konstellation**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, vol. 29, no. 6, 2001, p. 766-781.

HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição? Um comentário sobre Dieter Grimm. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad.

George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002a, pp. 183-190.

HABERMAS, Jürgen. Inserção – inclusão ou confinamento? Da relação entre nação, Estado de Direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002b, pp. 153-182.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002c, pp. 127-151.

HABERMAS, Jürgen. Does the constitutionalisation of International Law still have a chance? In: HABERMAS, Jürgen. **The divided West**. Cambridge: Polity, 2006, pp. 115-193.

HABERMAS, Jürgen. The constitutionalization of International Law and the legitimation problems of a Constitution for world society. **Constellations**, vol. 15, no. 4, 2008, pp. 444-455.

HAMILTON, Alexander. Federalist no. 78: The Judiciary Department. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers**. 1788, pp. 224-228.

JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance and engagement. **Harvard Law Review**, 119, n. 109, 2005, pp. 109-128.

JACKSON, Vicki. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: LOUGHLIN, Martin; DOBNER, Petra (eds.). **The twilight of constitutionalism?**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 201-219.

KUMM, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: an integrated conception of public law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 20, no. 2, 2013, pp. 605-628.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: LOUGHLIN, Martin; DOBNER, Petra (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 47-72.

LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power. **European Journal of Political Theory**, 13, 2014, pp. 218-237.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério; GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: MAZZUOLI, Valério; GOMES, Luiz Flávio. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 49-72.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Crimes contra a humanidade praticados pela ditadura brasileira de 1964-1985: direito à memória e à verdade, dever de investigação e inversão do ônus da prova**. Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK, 2014.

MEYER, Emílio Peluso Neder; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; RODRIGUES, Eder Bonfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

NAPOLITANO, Marcos. **1964: história do regime militar brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, 2014, pp. 193-214.

PAIXÃO, Cristiano. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In: SEELAENDER, Aírton (org.). **História do Direito e construção do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni Fiorentini XLIII**, 2014, pp. 415-458.

PINTO, Gabriel Rezende de Souza. **Para a democracia: soberania, transição e rastro na ADPF n. 153**. Dissertação de mestrado. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 44-56.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Justiça de transição, reformas institucionais e Estado Democrático de Direito: o caso brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder (orgs.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, pp. 643-670.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, n. 29, abr./jun. 2005, pp. 53-63.

RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MAZZUOLI, Valério; GOMES, Luiz Flávio. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 174-225.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz (org.). **A construção social dos regimes autoritários: Brasil e América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

ROSENFELD, Michel. Derrida's ethical turn and America: looking back from the crossroads of global terrorism and the Enlightenment. **Cardozo Law School Review**, 27, n. 2, 2005, pp. 815-845.

ROSENFELD, Michel. Habermas's call for cosmopolitan constitutional patriotism in an age of global terror: a pluralist appraisal. **Constellations**, 14, n. 2, 2007, pp. 159-181.

ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. New York: Routledge, 2010.

ROSENFELD, Michel. Derrida's deconstructive ethics of difference confronts global terrorism: can democracy survive the autoimmune ravage of the terror within us?. In:

ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011a, pp. 251-270.

ROSENFELD, Michel. Equality and the dialectic between identity and difference. In: ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011b, pp. 68-91.

ROSENFELD, Michel. Habermas's discourse ethics of identity and global terror: can cosmopolitanism, post-nationalism, and dialogue downsize the terrorist threat?. In: ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011c, pp. 271-296.

ROSENFELD, Michel. Human rights and the clash between universalism and relativism: the case of minority group rights. In: ROSENFELD, Michel. **Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011d, pp. 92-121.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Global community of courts. **Harvard International Law Journal**, vol. 44, no. 1, 2003, pp. 191-219.

STARLING, Heloísa Maria Murgel. **Os senhores das gerais: os novos inconfidentes e o golpe de 1964.** Petrópolis: Vozes, 1986.

TEITEL, Ruti G. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, 2003, pp. 69-94.

TEITEL, Ruti G. **Humanity's Law.** New York: Oxford University Press, 2011.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism. In: TEITEL, Ruti G. **Globalizing transitional justice: contemporary essays.** New York: Oxford University Press, 2014, pp. 181-207.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Global law without a State.** Aldershot: Dartmouth, 1996, pp. 3-28.

TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 3-28.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization.** Transl. by Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank, and rights.** Oxford: Oxford University Press, 2012a.

WALDRON, Jeremy. **“Partly laws common to all mankind”**: foreign law in American Courts. New Haven: Yale University Press, 2012b.

(b) Artigos de jornais e revistas

RAMALHO, Renan. Ministros defendem decisão do STF e questionam revisão da Lei da Anistia. **G1 Política**. Reportagem de 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/ministros-defendem-decisao-do-stf-e-questionam-revisao-da-lei-da-anistia.html>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

RECONDO, Felipe; GALLUCCI, Mariângela. Cezar Peluso: “Somos o único país que tem quatro instâncias recursais”. **O Estado de S. Paulo**. Entrevista de 27 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cezar-peluso-somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658805>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Não há obstáculo para STF rever julgamento da Lei de Anistia. **Consultor Jurídico (São Paulo. Online)**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/claudio-souza-nao-obstaculo-stf-rever-julgamento-lei-anistia>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

(c) Decisões judiciais e peças processuais

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Petição de manifestação na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 20 de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=62-44157&ad=s#35%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL. Centro de Estudos sobre Justiça de Transição – CJT. **Memorial de amicus curiae na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8030476&ad=s#59%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Petição de manifestação na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Brasília/DF: 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6069402#129%20-%20Peti%E7%E3o%20%2816391/2011%29%20-%20CFOAB%20-%20apresenta%20manifesta%E7%E3o>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Petição de embargos de declaração na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Brasília/DF: 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6069400#123%20-%20Peti%E7%E3o%20%2844309/2010%29%20-%20CFOAB%20-%20Emb.%20Decl>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. Partido Socialismo e Liberdade. **Petição inicial na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 15 de maio de 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5892287&ad=s#2%20-%20Peticao%20inicial%20%20Pe-ticao-%20inicial%201>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Manifestação de informações na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 04 de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=60-50559&ad=s#27%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%201>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na extradição nº 696**. Brasília/DF: 23 de abril de 1997.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 28 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6625023&ad=s#36%20-%20Manifesta%E7%E3o%20da%20PGR%20-%20Pe%E7a%20recebida%20pelo%20web-service%20Integradorws.>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Documento n. 1/2011**. Brasília/DF: 21 de março de 2011a. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/diversos/justica-de-transicao/Doc1-ReuniaoInterna-decisaoCorteInternamericana-CasoGomesLund%20vs%20Brazil.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Documento n. 2/2011**. Brasília/DF: 03 de outubro de 2011b. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/diversos/justica-de-transicao/documento%202.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Manifestação de informações na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 320/DF**. Brasília/DF: 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6006550&ad=s#23%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%201>>. Acesso em: 8 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ação rescisória nº 878**. Autor: Alexandre Barduzzi. Réu: União Federal. Relator: Ministro Soares Muñoz. Brasília/DF: 19 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1610>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 127/AL**. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF: 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266140>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1096/RS**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF: 16 de março de 1995a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=34-6820>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no habeas corpus nº 72.131**. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF: 23 de novembro de 1995b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 3 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.896/DF**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília/DF: 18 de fevereiro de 1999a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347316>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.967/DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília/DF: 24 de março de 1999b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347356>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 17/AP**. Agravante: Governador do Estado do Amapá. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF: 05 de junho de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347923>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na reclamação constitucional nº 1.987/DF**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília/DF: 1º de outubro de 2003a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 33/PA**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Requerido: Instituto do Desenvolvimento Social do Pará – IDESP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF: 29 de outubro de 2003b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 33/PA**. Arguente: Governador do Estado do Pará. Arguido: Instituto do Desenvolvimento Econômico-social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF: 07 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 1 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no recurso extraordinário nº 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 3 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101/DF**. Arguente: Presidência da República. Interessados: Presidente do Supremo Tribunal Federal e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF: 24 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na reclamação 18.686**. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF: 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2818686%2E%2E+OU+18686%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qajpxoe>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação de Nova York. **Acórdão no caso Riggs v. Palmer (115 NY 506)**. Nova York/NY: 08 de outubro de 1889. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Acórdão no caso Marbury v. Madison (5 U. S. 137)**. Washington/DC: 24 de fevereiro de 1803.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Acórdão no caso Thompson v. Oklahoma (487 U. S. 815)**. Washington/DC: 29 de junho de 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Acórdão no caso Stanford v. Kentucky (492 U. S. 361)**. Washington/DC: 26 de junho de 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Acórdão no caso Sosa v. Alvarez-Machain (542 U. S. 692)**. Washington/DC: 29 de junho de 2004a. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf>>, pp. 692-763. Acesso em: 26 abr. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Opinião concorrente do Juiz Antonin Scalia no caso Sosa v. Alvarez-Machain (542 U. S. 692)**. Washington/DC: 29 de junho de 2004b. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf>>, pp. 739-751. Acesso em: 26 abr. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Acórdão no caso Roper v. Simmons (543 U. S. 551)**. Washington/DC: 1º de março de 2005a. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>, pp. 551-579. Acesso em: 07 mai. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Opinião divergente do Juiz Antonin Scalia no caso Roper v. Simmons (543 U. S. 551)**. Washington/DC: 1º de março de 2005b. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>, pp. 607-630. Acesso em: 07 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença no caso *Barrios Altos vs. Peru* (mérito)**. Decisão de 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença no caso *La Cantuta vs. Peru* (mérito, reparações e custas)**. Decisão de 29 de novembro de 2006a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/-seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Voto separado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (mérito, reparações e custas)**. Decisão de 04 de julho de 2006b. Acesso em: 01 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença no caso de *La Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (exceção preliminar, mérito, reparações e custas)**. Decisão de 24 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (exceções preliminares, mérito, reparações e custas)**. Decisão de 24 de novembro de 2010a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Voto fundamentado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil***. Decisão de 24 de novembro de 2010b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução de supervisão de cumprimento da sentença no caso *Gelman vs. Uruguay***. Resolução de 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução de supervisão de cumprimento da sentença no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil***. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2015.

(d) Atos normativos mencionados

ALEMANHA. Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, de 23 de maio de 1949.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do artigo 102 da Constituição da República.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States of America, 1787.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Judiciary Act of 1789. An Act to Establish the Judicial Courts of the United States.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 23 de maio de 1969.