

O CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE CORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS: A INTERPRETAÇÃO DA LEI DA ANISTIA NAS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRA E INTERAMERICANA

Jéssica Silva Monteiro¹
 Wladimir Vinycius de Moraes Camargos²

35

Resumo: Este artigo trata do conflito jurisdicional entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à validade da Lei da Anistia brasileira. Por meio de revisão bibliográfica, o que se propõe é investigar a suposta existência de um conflito de competências entre a Corte Máxima brasileira e a Corte Interamericana. Em um primeiro momento, será realizada uma descrição dos contextos da ADPF 153 e da decisão acerca do caso Gomes Lund, que divergem radicalmente sobre o mesmo objeto: a validade da Lei de Anistia. Na segunda seção, o trabalho trará uma breve discussão sobre a eficácia jurídica das decisões e jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos internamente no Brasil, especificamente no caso em tela. Por último, traçar-se-á um debate teórico sobre a efetividade dos direitos humanos pautada, simultaneamente, por um jus cogens internacional tutelado pelo princípio da diferença.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Guerrilha do Araguaia; Direito Internacional; Direito Constitucional; Princípio da Diferença.

THE JURISDICTION CONFLICT BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS: THE INTERPRETATION OF THE AMNESTY LAW IN BRAZILIAN AND INTER-AMERICAN JURISPRUDENCES

Abstract: This article deals with the jurisdictional conflict between the STF and the Inter-American Court of Human Rights with regard to the validity of the Brazilian Amnesty Law. Through a bibliographic review, the aim is to investigate the supposed existence of a conflict of competences between the Brazilian Maximum Court and the Inter-American Court. At first, a description of the contexts of ADPF 153 and the decision on the Gomes Lund case will be made, which radically diverge on the same object: the validity of the Amnesty Law. In the second section, the work will bring a brief discussion on the legal effectiveness of the decisions and jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights internally in Brazil, specifically in the case at hand. Finally, a theoretical debate will be drawn up on the effectiveness of human rights, guided, simultaneously, by an international jus cogens protected by the principle of difference.

Keywords: Human rights; Guerrilha do Araguaia; International right; Constitutional right; Principle of Difference.

INTRODUÇÃO

Em um cenário de proteção da tutela internacional de direitos, voltada a sua universalização em um primeiro momento, destaca-se, em um segundo, uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos que aponta para o acolhimento do princípio da diferença. Parte daqui o ponto de análise deste artigo: a divergência entre cortes sobre o mesmo objeto. Há conflito de competências entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)? O princípio da diferença permite divergências

¹ Mestranda em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e Graduada em Direito (UFG). Orcid: 0000-0001-8433-0610. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9702109844969963>. E-mail: jescmonteiro@gmail.com

² Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito (UFG) e Graduated in Law (UFG). Orcid: 0000-0003-0988-6760. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3285145161680507>. E-mail: wladimir@ufg.br.

entre ambas no que tange os direitos humanos?

Para discutir o tópico ora sugerido, o estudo de baseará no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, popularmente conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, no qual STF e Corte IDH divergem sobre a validade da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, também denominada Lei da Anistia. Serão trazidos ainda o conceito de jus cogens internacional e do princípio da diferença para enriquecer o debate sobre a (in)existência de conflito jurisdicional. Um breve estudo do caso da Guerrilha do Araguaia subsidiará a revisão bibliográfica proposta, cujo objetivo geral é o de investigar a suposta existência de um conflito de competências entre a Corte Máxima brasileira e a Corte Interamericana.

Os objetivos específicos do presente trabalho serão transformados em seções deste artigo para melhor operacionalizar a tarefa de cumprir com o objetivo principal. Em um primeiro momento, será realizada uma descrição dos contextos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, datada de abril de 2010, e da decisão acerca do caso *Gomes Lund*, ocorrida no mesmo ano, que divergem radicalmente sobre o mesmo objeto: a validade da Lei de Anistia. Na segunda seção, o trabalho trará uma breve discussão sobre a eficácia jurídica das decisões e jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos internamente no Brasil, especificamente no caso em tela. Por último, o que se proporá é um debate teórico sobre a efetividade dos direitos humanos pautada, simultaneamente, por um jus cogens internacional tutelado pelo princípio da diferença.

A LEI DA ANISTIA COMO PONTO DE INFLEXÃO ENTRE STF E CORTE IDH

A primeira controvérsia entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos gravita em torno da Lei n. 6.683/1979, denominada Lei da Anistia, sancionada em 28 de agosto de 1979, pelo general João Baptista Figueiredo, último presidente da ditadura civil-militar ocorrida entre os anos de 1964 e 1985 no Brasil. Procedendo à leitura do art. 1º do texto que rege a referida matéria para este período, percebe-se que o seu conteúdo estabelece não somente o intervalo temporal de admissibilidade da concessão dessa anistia, como também são definidos os beneficiários em potencial dessa concessão por meio de uma delimitação típica, em âmbito penal, a ver:

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

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

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

A divergência acerca deste dispositivo legal remete justamente à delimitação típica, precisamente à abrangência da descrição dos crimes conexos constante no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979. A extensão interpretativa deste parágrafo acima comentado levou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a protocolar, em face do STF, a Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, questionando a interpretação atribuída aos crimes conexos previstos por aquele dispositivo. Com relação ao alcance da definição dos crimes conexos, existem sustentações em sentidos antagônicos, tanto na direção de que os crimes conexos se estenderiam aos crimes comuns perpetrados por agentes da ditadura, quanto no sentido de que os crimes conexos correspondem somente àqueles correlacionados aos crimes políticos, ou ainda àqueles praticados por motivação política.

O STF decidiu, por 7 votos a 2, que a interpretação constitucional acerca dos crimes conexos abarcava também os crimes comuns cometidos, elegendo aquele primeiro entendimento em detrimento do segundo. A fundamentação a favor da recepção da Lei da Anistia pela Constituição Federal foi encampada inicialmente pelo relator da ADPF 153, o ministro Eros Grau, que, à época, justificou seu voto em cinco tópicos, resumidamente:

(i) não teria havido autoanistia, mas sim um amplo acordo político entre os legitimados sociais que deu origem à Lei 6.683/79 e que esse acordo, caso ignorado, “significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica”;

(ii) a Lei da Anistia deve ser concebida como uma “lei-medida” e, portanto, interpretada “em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico, na qual ela foi editada, não a realidade atual”;

(iii) os crimes conexos devem mesmo ser entendidos como “aqueles praticados pelos agentes do Estado contra o que lutavam contra o estado de exceção” e que daí advém o “caráter bilateral da anistia ampla e geral”;

(iv) não incumbe ao Poder Judiciário a revisão de anistias concedidas e sim ao Poder Legislativo, a exemplo do que teria ocorrido na Argentina, no Chile e no Uruguai; e

(v) a anistia foi “integrada” à nova ordem constitucional por meio da Emenda Constitucional no 26/1985 que, além de convocar a Assembleia Constituinte para a elaboração da nova Constituição Federal, reafirmou em seu texto a anistia concedida em 1979 (NIEMEYER, 2016, p. 271)

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu a Lei 6.683/1979 de maneira substancialmente distinta. Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos demanda em face do Brasil em decorrência da petição submetida pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Right Watch no ano de 1995, em nome de pessoas desaparecidas durante a Guerrilha do Araguaia. O caso Julia Gomes Lund e outros contra a República Federativa do Brasil visava deliberar sobre a responsabilidade do Estado brasileiro na

detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (doravante “PCdoB”) e camponeses da região, (doravante “as vítimas” ou “as vítimas desaparecidas”) (infra paras. 105 e 106), como resultado de operações

do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985) (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 01)

Em defesa dos requerentes, vítimas da dita guerrilha, a CIDH alegou que o Estado brasileiro não procedia a investigação e a conseqüente punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados sob a égide da vigência da Lei 6.683/1979. Ademais, arguiu que a aplicação desta lei por si só já constituía grave violação dos direitos humanos, na medida em que tornava inviável a investigação e a sanção penal dos agentes do Estado envolvidos nos crimes contra a humanidade, prejudicando assim o conhecimento da verdade dos fatos. Segundo a Comissão Interamericana, a vigência da Lei da Anistia seria incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por seu turno, o Brasil aduziu que se fazia necessário o reconhecimento pela Corte das ações realizadas em âmbito interno no sentido de propor reparações pecuniárias às vítimas da ditadura, bem como à instituição de Comissões da Verdade. O Estado brasileiro invocou ainda o contexto de edição da Lei da Anistia como um momento “específico de transição para a democracia e da necessidade de conciliação nacional”, além de ter sido precedida por um debate político que permitiu formar a “percepção de que a punição dos crimes contra direitos humanos (...) pode chegar a representar um obstáculo ao processo de transição, perpetuando o clima de desconfiança”.

Em decisão proferida em novembro de 2010, ou seja, sete meses após a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ADPF 153, a Corte IDH declarou que o Estado Brasileiro era responsável pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e liberdade pessoal dos membros da Guerrilha do Araguaia, relativa às vítimas desaparecidas. Para tanto, argumentou que, pela investigação, o julgamento e a punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade já terem atingido o status normativo de *jus cogens*, o Estado estaria sujeito a fazê-lo, também nos termos da Convenção. Ponderou, ainda, que já havia entendimento consolidado na jurisprudência da Corte no sentido da incompatibilidade entre leis de autoanistia e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos no que se refere às graves violações de direitos humanos. Por fim, considerou que as autoridades internas do país estão vinculadas a sua jurisprudência, devendo exercer o controle de convencionalidade baseado não só no tratado, mas também na interpretação da Corte acerca dele.

A Corte IDH asseverou, por fim, que:

O Tribunal, no exercício de seus poderes inerentes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, poderá estabelecer seu livre convencimento sobre se o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece substância suficiente, nos termos da Convenção, para dar ou não seguimento ao conhecimento do mérito e a determinação das eventuais reparações e custas. Para tanto, a Corte deve fazer a análise da situação apresentada nos casos concretos. (...) A Corte admitiu o reconhecimento dos fatos e a aceitação de responsabilidade realizados pelo Estado, bem como reconheceu seus esforços e boa-fé na atualidade, porém entendeu que tal reconhecimento não ocorreu de forma plena e

eficaz quanto a todas às violações trazidas a exame da Corte. Ao invés, o reconhecimento estatal guarda importantes limitações, tanto que sua defesa atual ainda é de não permitir a investigação, processamento e punição dos responsáveis pela aplicação da Lei de Anistia, em interpretação julgada incompatível com a Convenção, de dispositivos que carecem de efeitos jurídicos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 121).

Em síntese, A Corte Interamericana determinou que a Lei 6.683/1979 era inválida, definindo, além disso, que o seu cumprimento incorria em ilícito internacional.

A EFICÁCIA JURÍDICA DAS DECISÕES E JURISPRUDÊNCIAS INTERAMERICANAS

Não é mero acaso o tema do controle de convencionalidade ter encerrado a decisão da Corte IDH. Havia, por parte tribunal interamericano, ciência da dimensão de sua decisão no âmbito jurisdicional interno, relativo à Constituição brasileira. A diferenciação do controle de convencionalidade (cuja competência é da Corte IDH) e do de constitucionalidade (que compete às Cortes nacionais) estava expressa nos votos concordantes da decisão, que entendiam a Convenção Americana de Direitos Humanos como uma Constituição supranacional de direitos humanos. Isso dito, caberia aos poderes públicos nacionais, em todas as suas esferas, a adequação de suas legislações, senão pela interpretação, por meio de emendas, à Convenção e à jurisprudência da Corte IDH.

Na prática, para a Corte IDH, a controvérsia jurisprudencial é dirimida a partir do reconhecimento da primazia da jurisprudência internacional sobre a nacional em matéria de Direitos Humanos. Essa prevalência, por assim dizer, vincularia o STF a reconhecer, por conseguinte, uma Constituição e instância judicial supranacionais, submetendo suas jurisprudências a reformas com vistas à harmonização das decisões desta Corte nacional às da Corte Interamericana.

No Brasil, o status dos tratados internacionais de direitos humanos se relaciona intimamente à Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 de dezembro de 2004. A reforma por meio dessa emenda resolve a questão do status constitucional dos tratados internacionais atinentes à referida matéria na medida em que prevê o tratamento equivalente ao de emendas constitucionais a estes tratados, caso aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional. Isso posto, a distinção para a determinação do status dos tratados remete aos marcos temporais, inicialmente da Constituição e, posteriormente, da própria EC 45/2004, cuja vigência submeteria o status constitucional dos tratados à aprovação de maioria especial.

Tendo a Convenção Americana entrado em vigor no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, sua validade se situa entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a vigência da EC 45/2004. A orientação do STF, no entanto, é a de que a Convenção se encontra em um nível supralegal, visto que, embora esteja materialmente acima das demais leis do ordenamento jurídico interno, permanece formalmente em uma posição abaixo da Constituição brasileira.

Efetivamente, ao passo que o STF passou a considerar que os dispositivos da Convenção Americana seriam aplicáveis nos casos em que fossem mais favoráveis aos direitos humanos, vedando, inclusive, disposição constitucional expressa, abriu-se margem para que as normas de direitos humanos internacionais adquirissem uma eficácia diferenciada no direito interno. Nota-se tal quadro na antinomia entre a súmula 25 do STF e o art. 5º, LXVII, CF/1988, em função da ilicitude da prisão civil do depositário infiel, ocasião em que a previsão da Convenção superou norma constitucional originária restritiva de direitos fundamentais. Resta, então, a dúvida: estando a Constituição brasileira vinculada à Convenção Americana em matéria de direitos humanos, estaria a jurisprudência do STF subordinada às decisões da Corte IDH?

Ao se tornar Estado-parte na Convenção Americana, o Brasil reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. No texto do tratado, a Corte IDH se configura como o órgão competente para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção, que lhe seja submetido, bem como o cumprimento pelo Estado-parte das decisões da Corte também está previsto pela Convenção.

Portanto, o Brasil, enquanto Estado-parte, está obrigado a cumprir os tratados internacionais dos quais foi signatário e, assim, a cumprir a decisão da Corte IDH no caso guerrilha do Araguaia, sob pena de descumprimento de obrigação internacional, situação reconhecida pelo Supremo. Embora obrigado pelo direito internacional a cumprir a decisão no caso em tela, dessa obrigação não resulta, compulsoriamente, o encargo de um dado Poder constituído, em particular, do Judiciário, de aplicar a interpretação da Corte IDH internamente. Se, por um lado, a vinculação do Judiciário brasileiro à jurisprudência da Corte IDH não encontra previsão expressa na Convenção Americana, por outro, a Corte Interamericana se reconhece como competente e intérprete final do controle de convencionalidade presente em suas jurisprudências consultiva e contenciosa.

Em caso ausência de previsão patente na letra da Convenção, o problema da vinculação deve ser solucionado mediante a interpretação das normas ora de direitos humanos internacionais, ora do direito nacional, constitucional. E, sem embargo da ausência de previsão da vinculação, o direito interno pode, em todo caso, determinar a adesão dos tribunais nacionais à jurisprudência da Corte IDH, pela via constitucional.

O art. 5º, CF/1988, §§ 2º e 3º estabelece a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos aos direitos fundamentais, no § 2º, com status constitucional, e no §3º, com status supralegal. No entanto, a Constituição Federal brasileira é, em todo o seu bojo, silente quanto à incorporação da jurisprudência de cortes internacionais pelo direito nacional e, pelo mesmo motivo, nada versa sobre a vinculação do Poder Judiciário brasileiro às decisões dessas cortes. Dessa forma, a admissibilidade de uma vinculação desse tipo depende, sobretudo, de um arranjo judicial construído nos próprios tribunais brasileiros, que, por sua vez, não encontram norma constitucional implícita nesse sentido no direito interno.

Uma possibilidade para o caso de ausência de previsão constitucional da vinculação dos tribunais

brasileiros à jurisprudência da Corte Interamericana é a hipótese de se alegar a Convenção como parte integrante da própria Constituição, porquanto componente do bloco de constitucionalidade no que se refere aos direitos fundamentais constantes na Carta Magna brasileira. É uma alternativa de convergência buscada pelo direito internacional e os direitos humanos, que se encontram em um novo momento no qual é fundamental a procura pela abertura e confluência entre direitos humanos internacionais e direitos fundamentais nacionais (ROMERO, 2014). Por seu turno, o STF ainda não reconheceu a jurisprudência da Corte IDH como vinculante para si, nem tampouco para qualquer outro tribunal brasileiro, a despeito de ter conferido notável relevância à Convenção Americana. É discutível, até mesmo, se esse reconhecimento poderia ocorrer tendo-se em vista a falta de previsão constitucional expressa ou tácita, com base no princípio da legalidade e, em especial, da soberania popular (ROMERO, 2014).

A adesão do Brasil ao sistema interamericano de direitos humanos, que perpassa pelo reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, confere à interpretação dos direitos humanos proposta pela Convenção uma posição superior a um dado direito estrangeiro qualquer, tornando-a válida e vinculante para o Estado brasileiro em sede internacional. A vinculação dos tribunais nacionais, por mais que não seja direta, deve ocorrer perante critérios normativos voltados à efetividade dos direitos humanos em âmbito nacional.

Desse modo, o STF, bem como os demais tribunais brasileiros, devem fundamentar tanto suas sentenças quanto seus acórdãos na interpretação dos direitos humanos desenvolvida pela Corte IDH com base, sobretudo, na vinculação do Estado nacional ao direito internacional, em que os direitos humanos figuram como norma cogente e, ademais, na interpretação mais protetiva dessa gama de direitos, a serem aplicadas pelo controle de convencionalidade compatível com a Constituição ou ainda consideradas pelo Supremo Tribunal Federal em suas fundamentações, no que couber.

O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA COMO DIRETRIZ DO JUS COGENS INTERNACIONAL PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Para Marramao (2007), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 significou um *turning point*, uma vez que proporcionou, na letra do seu art. 6º, a concepção de que todo indivíduo tem direito em todo lugar. Houve uma *virada* de pensamento, na qual se percebeu a necessidade de desvincular direitos dos territórios em que vigem, atribuindo-lhes aos seres humanos como um todo. Essa desterritorialização do direito, sobretudo em matéria de direitos humanos, enfrenta problemas para a sua efetivação no cenário internacional – ainda não há o cumprimento do processo de monopolização da força que viabilize a efetiva garantia dos direitos.

Os direitos, a partir do século XX, passaram a ser princípios constitucionais superiores, na medida em que foram compreendidos como limites aos próprios legisladores. Estes princípios se garantem em face do

poder legislativo porquanto órgãos de controle de legitimidade das leis intermediam tal processo. Seguindo o panorama de mudanças, em meados daquele século, considerou-se que o conteúdo dos direitos deveria ser retirado da competência estatal em razão do seu reconhecimento em âmbito internacional. É neste quadro que surge a possibilidade de se introduzir a tutela internacional dos direitos individuais (MARRAMAQ, 2007, p. 05).

O contexto pós-guerra é fundamental para compreender a relevância internacional que os direitos humanos adquiriram, concomitantemente à instauração de uma estreita vinculação entre direitos humanos e democracia. Como consequência do avanço deste novo ponto de partida, os direitos humanos são inseridos nas constituições e legislações nacionais, enquanto são acolhidos em proclamações universais. Ocorre que a efetivação dos direitos humanos perpassa ainda por uma questão histórica, referente à sua demanda: ao passo que surgem diversas discussões sobre novos direitos humanos – didaticamente separados em gerações, mas que não apresentam divisão ou hierarquia entre si –, aqueles direitos debatidos anteriormente permanecem carentes de efetivação. A complexidade da demanda advém das diferentes historicidades das sociedades contemporâneas, para além da indefinição do monopólio da força para a garantia desses direitos.

É a partir deste quadro que dois modos diferentes de interpretação e acolhimento do texto da Declaração de 1948 surgem numa atmosfera polarizada, criando entre si uma arena de disputa repleta de tensão: de um lado, há o princípio da igualdade, sendo a igualdade objeto de diversas transformações dos conteúdos dos direitos, advindas de contextos histórico-culturais efetivos; e do outro, surge o princípio da diferença, aquele segundo o qual a especificidade cultural atua como indicador de mudanças dos contextos socioantropológicos na qual se produz direitos e se insere a sua dinâmica (MARRAMAQ, 2007, p. 07). Marramao (2007) entende, no entanto, que tais princípios não se configuram como antagônicos, e sim como complemento um do outro, sendo este decorrente daquele.

Atualmente, um recurso que tem sido utilizado de forma recorrente para a consolidação das bases normativas em sede internacional é o *jus cogens*. São normas imperativas do Direito Internacional, oponíveis contra Estados, entidades e cidadãos ao redor do mundo, cuja revogação apenas poderá derivar de outro ato internacional de hierarquia normativa idêntica (BRASIL, 2009). O *jus cogens* internacional se apresenta como alternativa na medida em que a solução de conflitos demanda a tutela do direito à integridade física e moral, ao coibir práticas atentatórias e abusivas no trato das minorias.

Trata-se de uma tendência regulatória não só do Direito Internacional, porquanto integra o Direito Constitucional dos Estados, ao passo que lhes confere legitimidade e autonomia. Isso porque, segundo Canotilho (2003), as relações internacionais têm sido cada vez mais reguladas sob os preceitos do direito e da justiça, havendo uma conversão do próprio Direito Internacional em uma ordem imperativa, cujo eixo é composto pelo *jus cogens* internacional, coordenador ora da política e das relações internacionais, ora do direito interno de cada Estado, na construção de suas constituições.

Situando historicamente seu advento, o conceito de jus cogens foi positivado no ano de 1969, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, referência em matéria normativa internacional. De acordo com o art. 53 desta Convenção, o jus cogens corresponde a uma norma de direito internacional geral. Em outros termos, é aquela aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. Além da definição, tal artigo assevera ser nulo o tratado que conflite com essa espécie de norma. Muito embora o seu conceito tenha sido estabelecido ainda no século XX, não há uma exata prescrição do conteúdo do jus cogens, isto é, o conjunto dos direitos a serem definidos como normas cogentes de Direito Internacional permanece indeterminado.

Mesmo assim, é possível perceber a utilização dessa premissa por parte dos tribunais internacionais, sobretudo na determinação de obrigações aos Estados, ainda que de modo gradativo. O reconhecimento de uma norma internacional cogente torna a atuação dos tribunais internacionais ainda mais decisiva e vinculante, o que revela a importância do seu conteúdo tanto para a compreensão da sua eficácia quanto para a legitimidade dos tribunais que a aplicam. Sem embargo, a teoria do jus cogens, à vista deste quadro, mesmo sendo um refinado instituto jurídico, é passível de incorrer em um problema do direito bastante conhecido, qual seja, aquele relativo à tentativa de controle da linguagem, reduzindo complexas conceituações abrangentes a definições positivadas.

Há, portanto, o risco de incidência em duas questões potencialmente problemáticas para o campo jurídico como um todo quanto à aplicação do jus cogens: uma relativa à incapacidade de exercer controle acerca da interpretação do direito mediante edição de normas gerais e abstratas e, por fim, outra que diz respeito aos perigos de se restringir o sentido da ação multiculturalista no âmbito do Direito Internacional, tendendo à equiparação das ideias de universalização e ocidentalização, conforme explicita Marramao (2007). Sendo insuficiente a teoria do jus cogens internacional para a regulação entre sujeitos da comunidade internacional, uma proposta bastante válida e necessária é a de associá-la à efetivação dos direitos humanos, de acordo com o que assinala Canotilho (2003), desde que mediada por uma organização supranacional.

Diante dessa posição de colisão teórico-prática, resolve-se outro problema, dessa vez em alusão à própria efetividade dos direitos humanos por meio do Direito Internacional, uma vez que encontra seu lugar de conciliação, deliberação e, essencialmente, de garantia no que concerne à dignidade da pessoa humana em escala global. A transformação do direito internacional público em um direito cosmopolita é um traço perceptível, embora gradual. Assim argumenta Habermas (2002), ao que aponta que a existência de uma ordem internacional justa tanto depende de instituições internacionais com capacidade de ação quanto é dispensável que uma esfera pública global seja coordenada pela figura estatal. Para autor acima citado, o pano de fundo do direito cosmopolita está na possibilidade dele sobrepujar o sujeito coletivo de direito internacional, envolvendo a participação direta

dos sujeitos individuais de direito (HABERMAS, 2002).

Complementarmente a Habermas, que entende a esfera pública global a partir da consolidação burguesa ocorrida na Europa por volta do século XVIII, Marramao (2007, p. 12) considera que não existe apenas uma, mas diversas esferas públicas dispersas pelo mundo afora. A principal característica dessas esferas, para este autor, é o fato de serem marcadas pela diáspora, em um sentido que extrapola a interpretação deste fenômeno como resultado do nomadismo e que resulta em desmembramento de núcleos de poder, à medida que relaciona a pluralidade ao surgimento de conflitos de valores. Essas esferas públicas diaspóricas realizam movimentos concêntricos e excêntricos simultaneamente, uma vez que dispersa o indivíduo do mesmo modo que absorve.

Aqui se infere que a diferença, para Marramao (2007), além de uma diretriz à interpretação da Declaração Universal de Direitos Humanos, representa um componente imprescindível às esferas públicas diaspóricas, motivo pelo qual não poderia haver uma esfera pública global homogênea. Pautando-se pelo critério da diferença seria possível desconstruir a compreensão do universal em detrimento da identidade. Dessarte, o próprio jus cogens internacional não poderia, de maneira semelhante, figurar como a única alternativa de fonte de direito em um contexto em que diversas esferas públicas diaspóricas constituem uma esfera maior, por sua vez, de dimensão global – uma premissa coerente com o objetivo de assegurar a proteção do princípio da dignidade humana.

À vista disso, outra conclusão a que se pode chegar ao decorrer do percurso da discussão traçada pelos autores acima comentados é a de que a interpretação, por si só, promove uma desterritorialização do direito que, após cumprir sua tarefa sem afastar a tradição, entretanto, enfrentando seus aspectos costumeiros, reterritorializa-se, e confere aos ordenamentos jurídicos internos um status democrático. Diferentemente de uma tentativa de ajuste uniformizador, o que se propõe é, precisamente, lidar com a diferença por meio do diálogo baseado nos arranjos normativos atuais, em constante transformação.

CONSIDERAÇÕES

O escopo deste artigo não seria possível de ser alcançado sem tecer algumas considerações sobre a temática por ele abordada. A primeira delas concerne às diferenças entre as decisões tanto do STF quanto do Corte IDH, sobretudo no que diz respeito às suas origens.

Ambas possuem pontos de partida distintos entre si: a tarefa realizada pelo STF tinha como premissa um controle abstrato, considerando a Lei da Anistia brasileira constitucional assente na análise de seus dispositivos a partir do contexto histórico de transição em que foram criados e do processo de discussão legislativa que conduziu à sua construção, que, por assim dizer, não foi e não pode ser atribuído ao Poder

Judiciário brasileiro.

Por seu turno, a Corte IDH, ao decidir sobre o caso Gomes Lund, efetua um controle de convencionalidade tendo por base a análise de um caso concreto, o da Guerrilha do Araguaia, segundo o qual acaba por declarar a mesma lei brasileira incompatível com o sistema interamericano de direitos humanos.

Além disso, há de se destacar que o STF parte da análise da Constituição Federal de 1988 como parâmetro normativo de avaliação da validade do conjunto normativo que compõe a Lei da Anistia, enquanto para a Corte IDH, o parâmetro normativo utilizado para essa verificação é a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Independentemente das diferenças originárias, cumpre esclarecer que é preciso que o STF ao menos considere (já que não é obrigado a seguir) os julgados da Corte Interamericana, fundamentalmente quando estes estiverem em discordância com as suas decisões na análise de uma mesma fonte normativa, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa ocasião, faz-se mister argumentar exaustivamente o porquê da divergência, sem relegar esse debate a um segundo plano.

É grave que no expediente da própria ADPF 153, o direito estrangeiro seja, por diversas vezes, mais mencionado que a própria jurisprudência da Corte IDH, em função da institucionalidade da Corte, da similaridade da fonte normativa, do vínculo entre o direito internacional e o reconhecimento do Estado brasileiro e, advindo disso, da obrigação de proporcionar a interpretação que melhor tutele os direitos humanos.

Finalmente, cabe ao STF elucidar por que sua decisão é a mais adequada relacionando os direitos fundamentais sobre os quais resolve em âmbito interno e os direitos humanos internacionais aos quais deve se filiar, uma vez que definir aqueles direitos é, em certa medida, encargo do STF, sem poder, no entanto, abandonar a proteção desses últimos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

CANTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso 11.552 Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil, Washington, D.C., 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PO RT.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Washington D.C., 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MARRAMAQ, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. In: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG. 2007.

NIEMEYER, Pedro Octavio de. A validade da Lei da Anistia e as decisões do STF e da CIDH. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 13, p. 264-288, 2016.

ROMERO, Eneas. O Conflito entre Direito Nacional e Internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (The Conflict Between National and International Law: The Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court Amnesty Case Law). Available at SSRN 2389415, 2014.

Recebida: 05 de outubro de 2020

Aceita: 28 de dezembro de 2020