

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

AIRTON JOSÉ DOS SANTOS FILHO
NATALIA CHRISTINE SILVA FREIRE DE SÁ
SILMERY CRISTINA DAVID SANTOS

**A LEI DE ANISTIA nº 6.683/1979 E A EMERGÊNCIA DE UM NOVO
PARADIGMA JURÍDICO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE**

CARUARU

2021

AIRTON JOSÉ DOS SANTOS FILHO
NATALIA CHRISTINE SILVA FREIRE DE SÁ
SILMERY CRISTINA DAVID SANTOS

**A LEI DE ANISTIA nº 6.683/1979 E A EMERGÊNCIA DE UM NOVO
PARADIGMA JURÍDICO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE**

Pesquisa apresentada à professora Renata Lima,
do Centro Universitário Tabosa de Almeida
(Asces-Unita),

Orientador: **Prof. Dr. Emerson Francisco de
Assis**

CARUARU

2021

Resumo

O presente artigo tem como escopo suscitar a discussão acerca da justiça de transição brasileira tomando como base a Lei de Anistia nº 6.683/79 e a aplicabilidade do controle de convencionalidade. Para tanto, fará uma digressão conceitual histórica sobre esse fenômeno da justiça transicional, caminhando desde os seus desdobramentos iniciais no âmbito do Direito internacional até a sua normalização contemporânea. Trará para o debate as implicações da aplicabilidade do controle de convencionalidade no direito brasileiro, para com isso demonstrar a iminência de um novo paradigma jurídico, mediante análise de entendimento jurisprudencial dos tribunais nacionais e internacionais. Nesse panorama, a fim de pormenorizar os critérios decisórios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento em estudos doutrinários pátrios e alienígenas acerca da Teoria do Controle de Convencionalidade, como instrumento de proteção dos Direitos Humanos, observando a legislação nacional. Desse modo, buscando explicar o status constitucional atribuído pelo próprio texto normativo da Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados no ordenamento pátrio, e a obrigação contraída pelo país de estabelecer a compatibilização das leis internas com os referidos tratados. Outrossim, também se enfrentará a dilemática da postura conservadora e dualista dos tribunais brasileiro, no que se refere ao direito doméstico e internacional. À vista disso, através de estudo metodológico indutivo, bem como se valendo de pesquisa bibliográfica e documental, pretende-se analisar a declaração de invalidade das leis incompatíveis com os tratados internacionais e as Convenções Americanas. À luz destas considerações, como hipótese, compreende que há a necessidade de novo paradigma jurídico no sistema brasileiro baseado na teoria da dupla compatibilidade vertical material, que traz resultados majoritariamente positivos, quando sopesados pela ótica da regulação jurídica e produção normativa.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Justiça de Transição; Lei de Anistia;

Abstract

The scope of this article is to arouse discussion about Brazilian transitional justice, taking as its basis the Amnesty Law nº 6,683/79 and the applicability of conventionality control. To this end, it will make a historical conceptual tour on this phenomenon of transitional justice, moving from its initial unfolds in the framework of international law to its contemporary normalization. It will bring to the debate the implications of the applicability of conventionality control in Brazilian law, in order to demonstrate the imminence of a new legal paradigm, through analysis of jurisprudential understanding of national and international courts. In this context, in order to detail the decision criteria used by the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, based on doctrinal and alien studies of the Theory of Conventionality Control, as an instrument of protection of human rights, observing national legislation. Thus, seeking to explain the constitutional status attributed by the very normative text of the 1988 Federal Constitution to the international treaties of human rights ratified in the homeland, and the obligation entered into by the country to establish the compatibility of the internal laws with the said treaties. Moreover, we will also face the dilemma of the conservative and dualistic posture of the Brazilian courts,

with regard to domestic and international law. In view of this, through inductive methodological study, as well as through bibliographic and documentary research, it is intended to analyze the declaration of invalidity of laws incompatible with international treaties and American conventions. In the light of these considerations, as hypothesis, understands that there is a need for a new legal paradigm in the Brazilian system based on the theory of dual vertical material compatibility, which brings mostly positive results, when overwhelmed by the optics of legal regulation and normative production.

Keywords: Conventionality Control; Transitional Justice; Law of Amnesty;

1. Introdução

Introdutoriamente, o presente trabalho surgiu com o intuito indagador de estudar a relação sistemática entre a Justiça de Transição e o Controle de Convencionalidade e, por conseguinte, quais as respectivas implicações na tutela jurídica dos Direitos Humanos.

Assim, será feita uma avaliação crítica do Direito Internacional e qual a sua correlação com o direito pátrio constitucional, através da observância do conjunto de princípios e mecanismos que possibilitam o grau de acolhimento de cada Estado signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Partindo dessa perspectiva, a problemática do presente estudo reside na antinomia entre a Lei de Anistia 6.689/79 e o status constitucional atribuído pela Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados no ordenamento pátrio. Ademais, será feito uma abordagem acerca do ordenamento internacional e nacional frente às oscilações entre avanços e retrocessos da Justiça Transicional no que cerne a aplicabilidade do Controle de Convencionalidade.

Assim, o objetivo geral do presente estudo é, de início, analisar o entendimento jurisprudencial no Brasil quanto à aplicabilidade do controle de convencionalidade e o respeito aos tratados internacionais.

Em seguida, será procedido a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da Lei de Anistia nº 6.689/79, para isto considerando a compatibilização da legislação interna com os tratados internacionais em vigor no país.

Procedendo, então, com a análise do posicionamento doutrinário brasileiro quanto a aplicabilidade do controle de convencionalidade no Brasil e a ínsita problemática da Lei de Anistia ante a Justiça de Transição.

Nestes termos, para a efetivação do presente estudo é utilizada a metodologia indutiva, abordando referenciais doutrinários e teóricos em Direito Internacional, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Ademais, também é utilizado casos práticos jurisprudenciais, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

2. Justiça de Transição: Conceito e abordagem histórica

No que concerne à justiça transicional, Ruti Teitel define esta como a concepção de justiça associada a períodos de mudanças políticas, caracterizados por respostas no âmbito jurídico, com o objetivo de enfrentar os crimes cometidos por regimes opressores do passado. (TEITEL, 2011)

Renan Quinalha (2013), por sua vez pontua que a referida expressão decorre da união de duas palavras que, isoladamente, carregam múltiplos significados. Nas palavras dele:

A primeira palavra refere-se, genericamente, aos objetivos visados nesse tipo de experiência, remetendo a um ideal do seja justo; a segunda, por sua vez, diz respeito ao contexto histórico particularmente considerado, nomeadamente, a um recorte temporal de excepcionalidade política. (QUINALHA, 2013, p. 135)

Sendo assim, trata-se de um conjunto de mecanismos, processos e estudos científicos que incidem em cenários de conflito ou pós-conflito, visando a reparação das vítimas, a responsabilização daqueles indivíduos que tiveram atuação concorrente aos direitos humanos, assim como, impedir o cometimento de novas violações e conflitos. (TORELLY, 2015)

Em conformidade o objetivo ínsito de confrontar as reminiscências do passado autoritário e compor uma efetiva transformação política, objetivando, assim, a criação de um futuro democrático, dispõe Van Zyl:

O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer

reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo. (VAN ZYL, 2011, p.47)

Posto isso, Ruti Teitel (2011) preceitua que para que haja a devida compreensão acerca da justiça nas transições é necessário que se situe a realidade política e o contexto político da transição, mediante a caracterização do regime predecessor, como também as contingências políticas, jurídicas e sociais. Partindo dessa perspectiva, a autora em questão aponta que a genealogia da justiça transicional se perfaz em três fases:

As origens da justiça transicional moderna remontam a Primeira Guerra Mundial. Entretanto, a justiça transicional começa a ser entendida como extraordinária e internacional no período do pós-guerra de 1945. A Guerra Fria termina com o internacionalismo desta primeira fase, ou fase do pós-guerra, da justiça transicional. A segunda fase, ou fase do pós-Guerra Fria, associa-se com as ondas das transições para a democracia e modernização iniciadas em 1989. Até o final do século XX, a política mundial se caracterizou por uma aceleração na resolução de conflitos e um persistente discurso por justiça no mundo do direito e na sociedade. A terceira fase, da justiça transicional estável (steady-state), está associada com as condições contemporâneas de conflito permanente, as quais fundam as bases para normalizar um direito de violência. (TEITEL, 2011, pp. 136-137)

Diante disso, a referida autora pontua que os desdobramentos da justiça de transição tiveram início no período entre o Tribunal de Nuremberg em meados de 1970, ocorrendo nessa primeira fase repercussões no âmbito do Direito Internacional, uma vez que, diante das condições políticas pós-guerra tem-se a cooperação dos Estados soberanos no processo de aplicação de sanções penais aos crimes de guerra por meio do Direito Internacional. Por conseguinte, há construção de um precedente histórico de tribunais que penalizaram os crimes de Estado, contribuindo para a formação de uma base para o direito moderno dos Direitos Humanos. (TEITEL, 2011)

Já a segunda fase, corresponde ao período entre os anos de 1970 e a queda do Muro de Berlim, caracterizada por uma acelerada democratização e fragmentação política no Cone Sul da América do Sul, tendo em vista o colapso da União Soviética

(TEITEL, 2011). Diante da ausência de um consenso na ordem internacional, as soluções para os conflitos transicionais foram majoritariamente manejadas e associadas a ideia de reconstrução nacional, por essa razão, tem-se o fortalecimento de discursos soberanistas com ênfase nas cortes locais (TORELLY,2015). Corroborando o entendimento da autora Ruti Teitel:

A Fase II, assim como a Fase I, apresenta capacidade limitada de ser transferida a contextos políticos de soberanias radicalmente diferentes. Não obstante, apesar da ausência geral de julgamentos internacionais na Fase II, um exame da jurisprudência transicional demonstra que o Direito Internacional pode ter um papel construtivo, promovendo uma fonte alternativa ao Estado de Direito para guiar os julgamentos nacionais de uma sociedade em transição. Neste sentido, as normas legais internacionais são úteis para construir uma percepção de continuidade e consistência no Estado de Direito. O significado profundo e permanente do modelo de Nüremberg justifica-se na medida em que, definindo o Estado de Direito em termos universalizantes, este se converteu no modelo padrão em que todos os debates subsequentes sobre justiça transicional foram embasados. Enquanto a aplicação da justiça na Fase I simplesmente assumiu a legitimidade de punir os abusos aos direitos humanos, na Fase II a tensão entre punição e anistia se complicou com a admissão e reconhecimento dos dilemas inerentes aos períodos de mudanças políticas. (TEITEL, 2011, p.145)

Depreende-se que na segunda fase o modelo transicional adotado é o modelo restaurativo, o qual é embasado por múltiplas compreensões do Estado de Direito, em que os valores associados a uma comunidade política particular e suas condições locais são colocados na balança da justiça. Por conseguinte, essa busca alternativa refletiu em uma dicotomia entre verdade e justiça, uma vez que, no lugar de julgamentos isolados se priorizou um novo mecanismo institucional chamado de comissões da verdade, o qual, tinha como objetivo investigar, documentar e divulgar abusos aos direitos humanos ocorridos no país. (TEITEL, 2011)

Enquanto a segunda fase muda seu foco para uma justiça transicional que almeja estabelecer o Estado de Direito mediante a preservação da paz (TEITEL, 2011). A terceira fase, que se materializa por volta dos anos 1990 e perdura até os dias atuais, pode ser considerada como uma justiça de transição estável (steady-state), a qual se caracteriza pela consolidação de mecanismos globais de justiça e positividade normativa na forma do Tribunal Penal Internacional (TPI) (TORELLY,2015). Congruente compreende a autora Ruti Teitel:

O símbolo mais reconhecido da normalização da jurisprudência de transição é a consolidação da reação da Fase I na forma do Tribunal Penal Internacional (TPI), a nova instituição internacional estabelecida no final do século XX. Este tribunal foi precedido pelos tribunais penais internacionais ad hoc convocados para responder aos conflitos genocidas nos Balcãs e em Ruanda. Meio século depois da Segunda Guerra Mundial, o TPI simboliza a consolidação do modelo de Nüremberg: a criação de um tribunal internacional permanente designado para submeter a julgamentos os autores dos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, como uma matéria de rotina sob o Direito Internacional. O padrão global do Estado de Direito atualmente parece estar baseado em uma expansão do Direito de Guerra. Sem dúvida, a volta ao Direito Internacional Humanitário incorpora a complexa relação entre o indivíduo e o Estado como modelo jurídico que permite à comunidade internacional fazer valer a responsabilidade dos líderes de um regime e condenar políticas de perseguição, incluindo quando ocorrem fora do Estado em questão [...] (TEITEL, 2011, pp.164-165)

Dessa forma, a normalização contemporânea da justiça transicional implica em uma apropriação do discurso do Direito Humanitário como o Estado de Direito, o qual permite a combinação dos Direitos Humanos, do Direito Penal e do Direito Internacional de Guerra, por conseguinte há criação de novos dilemas que ressaltam os objetivos de justiça e paz. (TEITEL, 2011)

A referida concepção de mudança política e o consequente direcionamento da Justiça de Transição depende muito do local e de suas respectivas particularidades políticas, assim como afirma Emerson Francisco de Assis (2018). Assim como também leciona o autor mencionado: “Os três países latino-americanos, isto é, Argentina, Brasil e Chile, enfrentaram ditaduras militares muito parecidas em termos ideológicos e políticos, mas apresentaram processos transicionais diferentes, especialmente o Brasil [...]” (ASSIS, 2018, p. 46) Sendo assim, cada país latino-americano teve um processo transicional distinto.

No que se refere a transição para a democracia da Argentina e do Chile, afirma John Elster: “The similarities and differences between the Argentine and Chilean cases Make them particularly suited for a comparative approach to these questions.”¹(ELSTER, 2006, p.207)

Ademais, ante diversas similaridades presentes no processo transicional na América Latina, o da Argentina comporta um notável destaque e uma imperiosa

¹ “As semelhanças e diferenças entre os casos argentino e chileno fazem deles particularmente adequados para uma abordagem comparativa dessas questões.” (Tradução livre)

diferenciação, assim como demonstra John Elster: “Beyond this similarities, and in the Latin American context, the Argentine democratic transition has been exceptional: the Trial and conviction of the main officers responsible for human rights violations.”²(ELSTER, 2006, p.207)

No que se refere a Justiça de Transição no Brasil, por sua vez, menciona Dimitri Dimoulis:

O caso do Brasil é peculiar em razão da descontinuidade nas opções políticas e jurídicas sobre a justiça de transição. Por duas décadas, após o fim da ditadura de 1964, prevaleceu a opção de pacificação, através do “esquecimento” (jurídico) dos acontecimentos e da não responsabilização dos agentes da ditadura. (DIMOULIS, 2010, p. 94)

No que pese tal particularidade, na adoção do modelo de anistia na prática judicial, torna-se oportuno apontar alguns reflexos da Lei nº 6.686/1979. A professora brasileira Lucia Elena Bastos (2009), entende a anistia como uma garantia estatal assegurando a não responsabilização, silenciando os crimes e, conseqüentemente, revelando-se complacente com as violações aos direitos humanos:

A anistia pode ser definida como um instituto penal que repousa sob uma ficção e que tem o propósito de encobrir todas as características delituosas de certos fatos penalmente repreensíveis, ao proibir a persecução criminal ou apagar as condenações que foram anteriormente impostas. (BASTOS, 2009, p. 48)

De acordo com a citação exposta acima, é sinalizado também que a anistia objetiva eliminar possíveis tensões entre os grupos apoiadores do regime ditatorial e o dos adeptos a uma responsabilização efetiva para os crimes e uma reparação adequada aos danos materiais e morais sofridos pelos familiares dos injuriados, assim como evidência Dimitri Dimoulis e Ana Lucia Sabadell:

Pacificar a sociedade, eliminando tensões e animosidades entre grupos políticos que apoiam o regime anterior e as forças ligadas ao novo governo. Medidas “de perdão”, como a anistia, permitem eliminar conflitos com um compromisso (DIMOULIS; SABADELL, 2014, pp. 250-251)

² “Além dessas semelhanças, e no contexto Latino-americano, a transição democrática na Argentina tem disso excepcional: o julgamento e a convicção dos principais oficiais responsáveis pela violação de direitos humanos são o primeiro sinal desta singularidade” (Tradução livre)

Outrossim, é indiscutível que a referida Lei 6.686/1979 viola a dignidade humana ao passo que se torna possível perceber que a mesma foi um aparato estatal indevidamente utilizado para encobrir crimes de Estado e, subsequentemente, sustentar e manter seus agentes, que violaram emblematicamente a dignidade humana de milhares de pessoas, impunes, constituindo, com isso, uma inadmissível violação ao *jus cogens*. Atenta a esse fato, cabe a observação de Lucia Elena Bastos:

Primeiro, pode-se afirmar que as anistias violam o princípio que obriga o Estado a processar os indivíduos responsáveis por graves violações dos direitos humanos. Segundo, argumenta-se que as anistias violam o direito fundamental da vítima. E terceiro, a aplicação das anistias restringem o caminho para se alcançar uma democracia estável que respeite os direitos humanos e o Estado de direito. (BASTOS, 2009, p. 76)

Sendo assim, faz-se importante pontuar que embora houvesse apoio popular para a abertura da democracia, mediante os movimentos das 'diretas já' que tinha como intuito a abertura política por meio de eleições diretas para presidente da república. Segundo o autor Abrão (2012), o Estado repressor de liberdades e direitos utilizou-se de mecanismos importantes para controlar todo esse processo da justiça de transição brasileira, os quais vão desde os aspectos econômicos, a imposição de medo, como também a propagação do discurso que considera terrorista a oposição armada.

O referido autor salienta ainda, que a transição do regime ditatorial para a democracia teve como pontapé inicial a Lei de Anistia (Lei n.º 6.683 de 1979), sendo está aprovada antes do término do regime ditatorial e a saída dos militares do poder.

Assim, a versão final do texto normativo aprovado pelo Congresso Nacional, não dispunha sobre os crimes de "sangue" como homicídio, mas perdoou crimes políticos e conexos, mediante reparação como a restituição de direitos políticos, e a restituição de dos servidores afastados (ABRÃO, 2012). Acresce ainda o referido autor:

[...] previu, para além do perdão aos crimes políticos e conexos, medidas de reparação como, por exemplo, a restituição de direitos políticos e o direito de reintegração ao trabalho para servidores públicos afastados arbitrariamente. É fundamental compreender que a Lei de Anistia no Brasil é fruto de uma reivindicação popular e constitui-se também em um ato de reparação. (ABRÃO, 2012, p. 60)

A Lei de Anistia fixou os termos em que a justiça transicional brasileira iria ocorrer, segundo Pereira (2010), o caráter dúbio de legislação garantiu a impunidade dos militares nos crimes de lesa-humanidade ocorridos durante o período em que durou a ditadura militar no país. Contudo, garantiu também impunidade dos opositores ao regime que, por sua vez, também foram beneficiados por essa ambivalência da referida lei.

A referida lei é a principal norma do processo transicional brasileiro, que segundo Dimitri Dimoulis e Ana Lúcia Sabadell (2014) a intenção da legislação em análise e a transição brasileira em si baseiam-se no esquecimento, uma vez que, na prática não houve processos nem condenação já que beneficiava os opositores e os agentes do regime ditatorial.

Diante disso, fora objeto de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF nº 153 (BRASIL, 2010), como também perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010), que condenou o Brasil no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia). Sendo a anistia questionada principalmente pela parcela da sociedade que corresponde ao espectro político de esquerda, aos familiares dos que foram mortos pela ditadura, além de ONG's defensoras dos Direitos Humanos (DIMOULIS; SABADELL, 2014).

A ADPF nº 153 foi pleiteado no STF pela OAB sendo rejeitada pela maioria dos ministros que julgaram o pedido, que tiveram em tese um argumento bastante interessante: que a Lei de Anistia deveria ser interpretada levando em conta seu contexto histórico e não a realidade atual, como é possível notar no texto da ementa da decisão da ADPF que "No caso da leis-medida interpreta-se, em conjunto com seu texto a realidade e o momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual" (BRASIL, 2010).

De modo diverso ao entendimento empossado pelo STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus República Federativa do Brasil, decidiu pela condenação e responsabilização do Estado brasileiro em face as vítimas, sendo valido ainda análise do trecho da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010):

O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de

Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos[...] (CIDH, 2010, p.113)

Portanto, questiona a decisão acerca da aplicação dos tratados no âmbito interno, que não fora feito pelo Brasil na ADPF nº 153, ou seja, não foi feita a aplicação da legislação com base nos tratados ratificados sendo assim, dispositivo jurídico nomeado como controle de convencionalidade. No próximo tópico será estudado o controle de convencionalidade e a sua respectiva aplicabilidade, inferindo, portanto, um estudo sobre a matéria no âmbito internacional e nacional.

3. Uma análise acerca do controle de convencionalidade e sua respectiva aplicabilidade no direito brasileiro

Em princípio requer pontuar que o controle de convencionalidade pode ser compreendido como um aspecto das atividades dos organismos internacionais, como meio de garantir a efetividade da tutela jurídica dos direitos humanos. Que por sua vez, se configura mediante um conjunto de medidas que se valem para verificação do grau de acolhimento e respeito de cada Estado signatário das convenções e recomendações (BOBBIO, 2004).

O referido dispositivo jurídico traduz-se em um paradigma fiscalizador das normas infraconstitucionais, e se configura em um duplo controle de verticalidade (GUERRA, 2017). Acerca da possibilidade de compatibilização vertical material da legislação interna, com os tratados internacionais em vigor no país, corrobora o entendimento do professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

Assim, a teoria do controle de convencionalidade que apresentaremos nas linhas que seguem é inédita no Brasil, não tendo sido desenvolvida por nenhum jurista (constitucionalista ou internacionalista) anteriormente entre nós. Não se trata de técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato). Na doutrina brasileira, fomos nós os primeiros a empregar as expressões “controle difuso de convencionalidade”, “controle concentrado de convencionalidade” e “controle de supralegalidade” (também não

vimos na doutrina estrangeira qualquer utilização, ainda que similar, dessas expressões antes da publicação desta monografia). (MAZZUOLI, 2011, p.82)

Trata-se de temática inovadora no Brasil, como reflexo da própria realidade conservadora dos tribunais brasileiros, que a princípio mantiveram uma postura relutante em aderir a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Contudo, por força da própria evolução do direito internacional, como também da edição da Emenda Constitucional nº45/2004, o Poder Judiciário brasileiro foi impulsionado a rever suas percepções e se adequar aos novos conceitos (CHAVES; SOUSA, 2020).

Em suma, no Brasil tem-se o controle de constitucionalidade, o qual trata dos casos em que há (in)compatibilidade vertical das normas internas com a Constituição, e por sua vez, o referido controle de convencionalidade, que observa as hipóteses em que há (in)compatibilidade legislativa com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no país (MAZZUOLI, 2011). Partindo dessa perspectiva acresce o referido autor:

Poderia se objetar tratar-se de controle de constitucionalidade aquele exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, § 3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos). (MAZZUOLI, 2011, p.73-74)

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004 tem-se o acréscimo do § 3º ao art. 5º da CRFB/1988, o qual prevê que mediante aprovação de um *quorum* correspondente à três quintos dos votos, que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos terão equivalência a emendas constitucionais. Tem-se dessa forma o controle de convencionalidade das leis, o qual traz um novo paradigma de controle de produção normativa doméstica. (MAZZUOLI, 2009)

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo especificamente no § 2º do art. 5º que “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988, p.11).

Dessa forma, depreende-se que por força do referido dispositivo normativo os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário possuem status constitucional, por via de exceção do controle de convencionalidade difuso, já no que se refere aqueles aprovados na sistemática do art. 5º, § 3º da mesma Carta, por via de ação do controle de convencionalidade concentrado devem ser equivalentes às emendas constitucionais. (MAZZUOLI, 2011)

Assim dispõe e é precisa a lição de Mazzuoli no debate acerca do nível constitucional dos tratados internacionais em vigência no país:

É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional pro homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. (MAZZUOLI, 2011, p.30)

Posto isso, depreende-se que as normas infraconstitucionais produzidas no país devem passar pela análise de compatibilidade com o ordenamento jurídico interno mediante o já conhecido controle de constitucionalidade, mas também por meio do controle de convencionalidade no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, e por fim, submetidas ainda ao controle de suprallegalidade que observa os tratados comuns.

Outrossim, o controle de convencionalidade é um instituto do direito internacional, e por sua vez, é efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual atua objetivando garantir a eficácia dos tratados internacionais ratificados, dirimir eventuais conflitos entre às obrigações contraídas e as normas internas, assim como a responsabilização estatal pela não observância das convenções. (MARTINS, 2011).

Consoante entendimento preceitua Antônio Cançado Trindade acerca do caráter representativo dos organismos internacionais:

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, quanto à proteção da pessoa humana. Como, também nesse domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haverá desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 211)

Dessa forma, a CIDH possui competência *ratione materiae*, significa dizer que esta poderá se valer da aplicabilidade do controle de convencionalidade no que tange ao dever de proteção internacional dos direitos humanos, por conseguinte, possui desdobramentos como mecanismo processual, em que mediante análise do direito interno se verificada violação de preceitos estabelecidos em convenção, é possível por meio de sentença judicial a revogação ou adaptação da legislação (GUERRA, 2017).

O controle das normas em regra no Brasil é realizado quando há no ordenamento jurídico uma lesão, em regra a um direito que é disposto constitucionalmente, como preceitua a Constituição Federal em seus artigos 102 e 103 (BRASIL, 1988), por sua vez, como afirma Barroso (2016) a Constituição Federal de 1988 dispõe de um sistema híbrido ou misto combinado do controle incidental e difuso com o controle principal e concentrado.

Sendo como o citado autor aduz (BARROSO, 2016), o controle incidental trata-se da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto que o tribunal e seus juízes quem reconhece a inconstitucionalidade da lei, podendo chegar até o STF com cabimento de recurso extraordinário juízo que aprecia o caso concreto de modo inicial, já o controle concentrado e principal, ou seja, pelas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal em caso de legislação federal ou estadual em face a Constituição Federal e perante o Tribunal de Justiça de leis ou atos normativos municipais e estaduais em face da Constituição do respectivo Estado.

Dessa maneira, a principal forma de controle das normas no Brasil é na via constitucional. Ainda assim, Barroso (2016), define em sua obra:

Consta-se, do breve relato empreendido, uma nítida tendência no Brasil ao alagamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como fenômeno “inquietante”. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para o ajuizamento da ação direta, além de inovações a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2016, p)

No entanto, não é abordado de modo expresse na Constituição Federal quanto à possibilidade existente do controle de convencionalidade que por sua vez trata-se da possibilidade de aplicação dos tratados internacionais, como já abordado em tópico específico, que o Brasil é signatário tenham força constitucional, e que assim sejam objeto do controle por parte dos tribunais, tanto no aspecto concentrado quanto no difuso, uma vez que os tratados internacionais vinculam a todos. (BARROSO, 2016)

Vale salientar a possibilidade constitucional do controle de convencionalidade que muito embora não tenha esteja expressa no sistema normativo constitucional é válido citar a emenda 45/2004 (BRASIL,1988) que expressamente modificou a redação do artigo 5º, parágrafo 3º da constituição federal para:

§ 3º 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. (BRASIL, 1988, p.11)

Desse mesmo modo, trazendo uma óbvia força constitucional aos tratados internacionais, sendo este o mesmo processo legislativo de emenda constitucional, como o disposto no artigo 60, § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (BRASIL, 1988).

Entretanto, sobre esse prisma decidiu o STF pela característica supra legal que gozam os tratados internacionais e com isso o Supremo nos HC 87.585-TO e RE 466.343-SP decidiu que são inferiores a constituição e superiores a leis ordinária. Portanto, em síntese ao posicionamento abordado pela legislação constitucional brasileira e ao entendimento da jurisprudência pátria acerca do controle das leis infraconstitucionais e bem como o controle por parte dos tratados internacionais, é

evidente que constituição traz, de modo tácito, um novo meio de aplicação de controle das legislações em face aos tratados internacionais. (STF, 2009)

Sendo importante que tenha o mesmo procedimento em relação a uma emenda constitucional, ou seja, votação nas duas casas do Congresso Nacional com quorum de 3/5 dos deputados e senadores em duas votações em cada casa, passando assim a ter pela lei uma mesma força constitucional. (BRASIL, 1988)

A jurisprudência, contudo, em relação aos tratados em que o Brasil seja signatário que por sua vez não passe pelo processo legislativo mencionado terá força de lei infraconstitucionais sendo hierarquicamente superior às normas ordinárias sendo este o critério da supralegalidade adotado pela jurisprudência.

Em relação a essas categorias criadas entre os tratados internacional, Mazzuoli (2011):

[...] no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, essa “desigualação de iguais” que permite o § 3.º ao estabelecer ditas “categorias de tratados”, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia. (MAZZUOLI, 2011, p.40)

Ainda, em que se trata dos tratados em que que não foram aprovados por maioria qualificada nos termos do §3º do artigo 5º da CF/1988, ora o §2º do artigo 5º (BRASIL, 1988) em que a constituição não objetiva excluir os direitos humanos provenientes de tratados pois ela inclui (MAZZUOLI, 2011).

Assim, no que tange aos tratados internacionais, (MAZZUOLI, 2011):

Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem vigentes e válidas, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução está mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”¹³⁹) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica. (MAZZUOLI, 2011, p.141)

Nesse sentido, as normas em geral seriam controladas com base na Constituição e dos Tratados. Podendo ser realizado por qualquer tribunal, pois os tratados internacionais vinculam a todos de modo que possa ser realizado no âmbito interno, e ainda em relação ao controle de convencionalidade é possível a realização por parte dos Tribunais Internacionais (MAZZUOLI, 2011).

Tudo isso, para garantir eficácia aos tratados (MAZZUOLI, 2011), uma vez que é direito com força de emenda constitucional como dispõe o artigo 5º da CF/1988 nos parágrafos §3º e no §2º quando diz respeito a aplicação dos tratados no âmbito nacional, bem como o respeito a estes tratados que são princípios da república federativa do Brasil conforme o artigo 4º da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Portanto, os conflitos entre normas e os tratados internacionais de direitos humanos tem que respeitar os fundamentos da constituição uma vez que independente do quórum fora ratificado e pela própria CF/1988 não os excluídos, e ainda segundo Mazzuoli (2011) “[...] também deve ser aplicado em relação aos direitos implícitos [...]” que neste caso seriam os fundamentos dos Direitos Humanos que por sua vez está expresso no tratado internacional.

Fixado o entendimento acerca do caráter e da índole constitucional presente nos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. O próximo ponto de análise residirá no entendimento doutrinário internacional acerca do controle de convencionalidade.

De antemão, é imprescindível e faz-se necessário pontuar a emblemática e dicotômica relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno Estatal. Acerca de tal problemática, menciona Valerio Mazzuoli:

Esse problema apresenta dois aspectos: um teórico, consistente no estudo da hierarquia do Direito Internacional ante o Direito Interno; e outro prático, relativo à efetiva solução dos conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e a as regras do Direito doméstico. (MAZZUOLI, 2020, p. 31)

Devido a persistente discrepância, o homem, por vezes, não tem sua devida personalidade jurídica internacional reconhecida, constituindo, assim, um fator inelutável para o não cumprimento do controle de convencionalidade no processo de criação normativa estatal. Sobre tal discrepância entre o Direito Interno e o Direito

Internacional, é imperioso mencionar o ensinamento do jurista e professor Antônio Augusto Cançado Trindade:

A par das numerosas pessoas que só vieram a encontrar a justiça nas instâncias internacionais de direitos humanos (e neste domínio de proteção têm efetivamente ocorrido avanços inequívocos no ideal da justiça internacional, testemunhados pelos próprios justiciáveis), - persistem os desafios da falta de universalidade de vários tratados de direitos humanos, da falta em muitos países (inclusive no Brasil⁴) de aplicabilidade direta da normativa destes últimos no direito interno dos Estados Partes e de mecanismos permanentes de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos, das insuficiências das medidas de prevenção e de seguimento, das insuficiências da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, da persistência preocupante da impunidade, e da alocação manifestamente inadequada de recursos humanos e materiais aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. (CANÇADO TRINDADE, 1996, pp. 410-411)

Acerca do conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional e a consequente recepção nacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, também pontifica o ex presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sérgio García Ramírez: “La relación entre Estados os sistemas nacionales y jurisdicción internacional o supranacional pasa por el debate entre el imperio del orden jurídico nacional y el dominio del orden jurídico internacional” ³ (GARCIA RAMÍREZ, 2014, p. 243)

É de sabença que o controle de convencionalidade objetiva que os tratados internacionais desenvolvam paradigmas para a produção normativa doméstica (MAZZUOLI, 2011). Sendo assim, constitui-se como uma espécie de controle de constitucionalidade, só que na seara internacional, assim como explica Iris Saraiva Russowsky:

O controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais. Esse instituto é construído tomando-se por referência o controle de constitucionalidade e sua teoria, razão pela qual deverá este deverá ser estudado em conjunto com o controle de convencionalidade. (RUSSOWSKY, 2012, p. 62)

Acerca de tal controle de normas de direito interno, é imperativo trazer a lição de Valério Mazzuoli:

³ “A relação entre os Estados e os sistemas nacionais e a jurisdição internacional e supranacional passa pelo debate entre a norma jurídica nacional e a norma de ordem jurídica internacional.” (Tradução livre)

Como se sabe e já se estudou durante todo o Capítulo 1, a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quorum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Como já se falou, tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle das normas de direito interno, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Assim, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2011, p. 95)

Outro ponto de fundamental destaque é acentuar a necessária invalidez de normas jurídicas internas que se contrapõem a tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ainda que estejam compatíveis com a Constituição, assim como afirma o referido autor:

Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas (ou ilegítimas) as normas jurídicas de direito interno. (MAZZUOLI, 2011, p. 96)

Tratando sobre tal matéria, faz-se necessário, acentuar a importância da participação ativa da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos. Com relação América Latina, onde situa-se o nosso objeto de estudo, menciona a referida autora:

Na América, a Corte Interamericana foi, e é, atuante na construção e evolução do instituto, através de uma série de casos em que se observa o aprimoramento dos conceitos na introdução do instituto do controle de convencionalidade. (RUSSOWSKY, 2012, p. 63)

Valério Mazzuoli, lecionando sobre o controle de convencionalidade no continente americano e a função a positivação presente na Convenção Americana, infere que:

É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74, 2). Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. (MAZZUOLI, 2011, p. 84)

No mesmo sentido, a lição de Sérgio García Ramírez traz mais luz acerca da via jurisdicional como maneira de adesão da ordem internacional à nacional:

Llega el turno a otro puente de acceso del orden internacional al nacional: la vía jurisdiccional. Esta implica la recepción de las normas del DIDH y de los pronunciamientos de la Corte IDH por parte de los tribunales nacionales, que solían ser —y seguramente lo son todavía, en elevada proporción— renuentes o resistentes a los vientos del sistema internacional (GARCIA RAMÍREZ, 2014, p. 243)⁴

O exposto acima deixa evidenciada a relevância internacional e a demasiada aceitabilidade da matéria em tribunais internacionais, a qual tem se tornando um fator substancial para a condução enquanto matéria de decisões. Entretanto, a desenvoltura no Estado brasileiro ainda padece de uma maior aceitabilidade e efetividade, tornando tal estudo um ponto de partida inelutável para tanto.

4. O entendimento jurisprudencial no Brasil quanto à aplicabilidade do controle de convencionalidade e o respeito aos tratados internacionais

A princípio, requer pontuar que o processo de ratificação de tratados internacionais de direito humanos no Brasil teve sua intensificação com a

⁴ “Outra ponte de acesso da ordem internacional para a nacional: a via jurisdicional. Isso implica o recebimento das normas da CIDH e dos pronunciamentos da Corte Interamericana pelos tribunais nacionais, que costumavam ser - e seguramente ainda são, em alta proporção - relutantes ou resistentes aos ventos do sistema internacional.” (Tradução livre)

promulgação do texto constitucional de 1988, tendo em vista a redemocratização e institucionalização dos direitos humanos no país. Tais tratados abrangem normas que agregam diversos novos direitos e garantias àqueles já existentes no ordenamento jurídico interno, os quais são diretamente aplicáveis pelo judiciário. (MAZZUOLI, 2020)

A Carta de 1988 inova ao estabelecer no §2º do art. 5º a não exclusão de direitos e garantias advindos de tratados internacionais de direitos humanos que estão em pleno vigor no Brasil, o que por sua vez implica na incorporação de tais direitos pelo texto constitucional. (PIOVESAN, 2018)

Assim dispõe e é precisa a lição do autor Valério Mazzuoli:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5.º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. (MAZZUOLI, 2011, pp. 29-30)

Partindo dessa perspectiva, constitucionalismo contemporâneo compreende que tais tratados possuem status constitucional, tendo em vista que o dispositivo normativo em questão os incluí no ordenamento jurídico interno, além de possuírem aplicabilidade imediata, não podendo serem revogados por lei ordinária posterior, o que contribui para sua eficácia no âmbito interno e para a uniformidade entre o sistema normativo interno e internacional. (MAZZUOLI, 2020)

Segundo o autor José Joaquim Canotilho pondera que ao invocar o referido §2º do art. 5º há que se falar no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, tendo em vista o caráter aberto da clausula constitucional no que tange a incompletude da Carta, a qual recorre aos direitos e garantias internacionais

que integram e densificam a regra constitucional positivada, estando dessa forma em paridade hierárquico-normativo. (CANOTILHO, 1993)

Em contrapartida, na tentativa de pôr termo à controvérsia existente entre o entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, tem-se advenido da Emenda Constitucional 45/2004 que acresce o § 3º ao art. 5º da CRFB/1988, o qual estabelece que terá equivalência a emenda constitucional aqueles tratados internacionais e convenções que forem aprovados por maioria qualificada, em cada Casa do Congresso. Sendo assim, somente os tratados de direitos humanos acolhidos na sistemática do § 3º ao art. 5º, seriam paradigma para o controle de convencionalidade concentrado ou difuso. (MAZZUOLI, 2011)

À luz dos princípios do direito internacional público, com destaque os do *jus cogens*, a redação do mencionado dispositivo contraria o caráter inclusivo existente no §2º do mesmo artigo. Os tratados são constitucionalizados por força do referido dispositivo normativo, e por essa razão cabe ao Supremo Tribunal Federal o controle de convencionalidade para a compatibilização das normas infraconstitucionais com os preceitos daquelas normas constitucionais por equiparação. (MAZZUOLI, 2020)

O controle de convencionalidade não é matéria pacificada no SUPREMO Tribunal brasileiro que por sua vez apresenta entendimento como é possível notar na obra de Mazzuoli (2011) sobre o referido controle:

Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, sem, contudo, ter chegado a uma solução uniforme e tampouco satisfatória. Esse quadro insatisfatório levou a doutrina mais abalizada a qualificar de “lamentável falta de vontade” do Poder Judiciário a não aplicação devida do § 2.º do art. 5.º da Constituição. (MAZZUOLI, 2011, pp. 31-32)

Desta forma, é evidente que a um antagonismo jurisprudencial, seria capaz afastar as controvérsias até então existentes em no Supremo Tribunal Federal relativa ao assunto. (MAZZUOLI, 2020)

Mesmo assim, não somente seria de responsabilidade do judiciário, ou seja, do STF de maneira singular, mas seria de certa forma o legislativo capaz de resolver essa controvérsia tornando possível que a Constituição tratando no texto dela sobre

a eficácia dos tratados internacionais que mesmo com a emenda constitucional 45/2004 não foi capaz de estabelecer. (MAZZUOLI, 2020)

Faz-se importante a aprovação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar a demanda proposta pela violação de direitos humanos em prejuízo do jornalista Vladimir Herzog, na qual os peticionários alegaram a responsabilidade internacional do Estado pela prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, assim como consta no relatório 71/15 presente na Organização dos Estados Americanos:

Os peticionários alegaram a responsabilidade internacional do Estado pela prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em uma dependência do Exército em 25 de outubro de 1975, e pela contínua impunidade dos fatos, em virtude de uma Lei de Anistia promulgada durante a ditadura militar brasileira. Afirmaram que essas ações configuram uma violação dos artigos I, IV, VII, XVIII, XXI, XXII e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante, “a Declaração Americana”); dos artigos 1, 2, 5, 8, 13 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “a Convenção Americana”); e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante, também, “CIPST”). (OEA, 2015 p. 02)

Após analisar o mérito do caso, a Comissão concluiu que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados da Declaração Americana e da Convenção Americana, como também da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. (OEA, 2015)

Ademais, em conformidade com a demanda suscitada, torna-se importante mencionar outra emblemática demanda examinada pela referida Comissão:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão Interamericana”, “a Comissão” ou “a CIDH”) submete à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”) a demanda no caso número 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), contra a República Federativa do Brasil (doravante “o Estado”, “o Estado brasileiro” ou “Brasil”), em virtude de sua responsabilidade pela 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 (CIDH, 2009, p. 3)

A Comissão, por sua vez, sob o mesmo caso submetido, alega tal adição qualificadora:

Além disso, a CIDH submete o caso à Corte porque, em função da Lei Nº 6.683/79(doravante também “Lei de Anistia”), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 70 vítimas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva (doravante “a pessoa executada”), cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996; porque os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lucia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação, afetaram prejudicialmente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (CIDH, 2009, p. 3)

As demandas fomentadas no presente tópico caracterizam-se importante para a análise do Poder Judiciário brasileiro e sua relação com a Justiça de Transição. Valerio Mazzuoli, analisando acerca do assunto, apresentou o estudo de determinado Habeas Corpus frente ao Superior Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

De início, destaque-se o que disse o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 379.269/MS, em 24 de maio de 2017: “Já tive a oportunidade de fazer referência, por ocasião do julgamento do Recurso 3.2 Especial n.º 1.351.177-PR, à dificuldade que ainda temos de incorporar, não só à praxe dos tribunais, mas ao nosso modo de decidir, as normas de Direito Internacional”. (MAZZUOLI, 2020, pp. 214-215)

Não obstante, no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, o referido autor apresenta o estudo da seguinte ocorrência jurisprudencial:

No julgamento da Ação Penal n.º 470 (“Caso Mensalão”, iniciado em 2012) suscitou-se, perante o STF, violação à regra do art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece que toda pessoa, durante o processo, tem “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Se essa tese (que é correta) fosse aceita pelo STF, de trinta e cinco réus da Ação Penal n.º 470, apenas três (que detinham, à época, foro por prerrogativa de função) poderiam ser julgados, em única instância, pela nossa Suprema Corte. A tese, porém, não foi aceita pela maioria do STF naquela ocasião, e todos os réus da AP n.º 470 foram julgados em instância única, em flagrante

violação à regra do duplo grau de jurisdição prevista na Convenção Americana. (MAZZUOLI, 2020, p. 215)

De forma sucinta, em conformidade com Mazzuoli, os casos acima demonstram, em suas palavras: “O retrato de como ainda se comporta o Poder Judiciário quando em causa a aplicação de normas internacionais, independentemente de sua índole. É exatamente essa dificuldade que se pretende, com o avanço da doutrina do controle de convencionalidade, superar no Brasil.” (MAZZUOLI, 2020). Uma vez que o Poder Judiciário não tem logrado nenhuma solução uniforme e congruente, configurando um quadro altamente insatisfatório.

5. A interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da Lei de Anistia nº 6.686/79

A CIDH no que tange ao controle de convencionalidade já arguiu isso em diversas demandas face a atos dos estados membros como no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile* *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (MAZZUOLI, 2011).

É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74, 2). Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo “controle de convencionalidade” efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. (MAZZUOLI, 2011, p.84)

A citada corte tem diversos precedentes da aplicação do controle de convencionalidade, sendo pioneira no tema no âmbito jurisprudencial americano (MAZZUOLI, 2020). E em demanda face ao Brasil, no caso em que *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, a sentença reconheceu o descumprimento do controle por parte do Brasil. (CIDH, 2010)

A Corte Interamericana, no exercício de sua competência consultiva não controla propriamente a convencionalidade das leis (uma vez que

tais pareceres não têm força vinculante perante os Estados-partes). O que ela faz, neste caso, é aferir a convencionalidade de determinada norma ou ato administrativo interno, tendo como paradigma a Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos, conforme dispõe o art. 64, 1, da Convenção, segundo o qual os Estados-membros da OEA “poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americano. (MAZZUOLI, 2011, p.92)

Portanto, embora seja reconhecida a convencionalidade de determinado ato ou legislação face a um Estado não há algo imperativo que cesse o ato de lesão aos Direitos Humanos, por exemplo, sendo assim uma faculdade deste Estado de realizar ou não o supracitado controle.

No tocante a Lei de Anistia nº 6.686/79, a Corte IDH aponta a sua incongruência, tendo em vista a inobservância do controle de convencionalidade na aplicabilidade da referida lei, bem como da interpretação da Corte Interamericana acerca da Convenção Americana, pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro. (MAZZUOLI, 2011)

No Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia’) Vs. Brasil, a sentença proferida em 2010 pela Corte Interamericana aduz o entendimento jurisprudencial já consolidado acerca do tema, ficou decidido que os crimes contra a humanidade cometidos por agentes do Estado brasileiro durante o regime ditatorial deveriam ser investigados, processados e punidos. (MAZZUOLI, 2020)

Neste sentido a jurisprudência da Corte Interamericana dispõe:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. [...] (CIDH, 2010, parágrafo 174)

Dessa forma, para a Corte Interamericana a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com as Convenções Americanas só reflete um comportamento omissivo do país, no que concerne a investigação, reparação e punição daqueles agentes que violaram direitos humanos. (MARTINS, 2011)

Ademais, mediante a ADPF 153 o Conselho Federal da OAB já havia pleiteado junto ao STF a invalidade da Lei de Anistia brasileira. Sustentou que os crimes cometidos durante o regime ditatorial não se legitimam com mera indenização, devendo o Estado investigar e punir os agentes estatais, como também que o STF conferisse interpretação a referida lei conforme a Constituição. Outrossim, o Supremo julgou improcedente a demanda, validando a referida lei em 28 de abril de 2010, fixando o entendimento de que a Lei de Anistia Brasileira é compatível com a Constituição Federal de 1988. (MARTINS, 2011)

Tendo em vista que o Estado ao se tornar signatário de tratados internacionais se compromete a adotar medidas que possibilitem a condução a harmonia mais ampla e efetiva com as Convenções e jurisprudências da Corte interamericana de Direitos Humanos, a Corte acusou o Estado brasileiro de não ter realizado o controle de convencionalidade da Lei de Anistia. (MAZZUOLI, 2020). Conforme dispõe textualmente a Corte Interamericana na sentença Caso Gomes Lund:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. [...] (CIDH, 2010, parágrafo 176, p.65)

Ainda no que tange a postura do Estado brasileiro, acresce ainda a CIDH:

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. [...] 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 (effèct utile) no plano de seu direito interno. (CIDH, 2010, parágrafo 177, p.65)

Sendo assim, uma vez que o controle de convencionalidade não foi exercido pelo Poder Judiciário interno, por conseguinte a ausência de valor jurídico da Lei de Anistia brasileira, de modo que caberá a Corte Interamericana o exercício deste, e o Estado fica impedido de obstaculizar a apuração dos crimes cometidos por seus agentes durante o período ditatorial. (MAZZUOLI, 2020)

É de sabença que os tratados internacionais ratificados no ordenamento jurídico pátrio possuem status constitucional (MAZZUOLI, 2018). Acerca de quais tratados servem de paradigma para efetivar o controle de convencionalidade, menciona o referido autor:

Não apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é paradigma para o controle (difuso ou concentrado) de convencionalidade, senão todo e qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Estado. A própria Corte Interamericana tem entendido dessa maneira ao se referir, em sua jurisprudência constante, a “um tratado internacional como a Convenção Americana...”. Ou seja, a Convenção Americana é um dos vários tratados ratificados pelo Estado que servem de paradigma ao controle das normas do direito interno. Portanto, será também sob esse prisma – de que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Estado são paradigma para o controle de convencionalidade. (MAZZUOLI, 2018, p. 66)

Para reforçar tal premissa, é precisa a seguinte menção:

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. (MAZZUOLI, 2018, p. 81)

Mazzuoli (2018) ao propor uma análise de algumas jurisprudências da Corte Interamericana, trouxe à luz do estudo o ínsito argumento presente em algumas

decisões. Assim, é visto que o Controle de Convencionalidade é contemplado como um mecanismo que deve ser utilizado pelos órgãos judiciais internos, comparando a legislação nacional e supranacional, objetivando, com isso, o efetivo cumprimento com instrumentos internacionais, sejam os decorrentes de tratados, os com respaldo do “*Jus Cogens*” ou advindos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Partindo para a análise sob a ótica do “*Jus Cogens*”, leciona que, na perspectiva do direito internacional público, os crimes de lesa humanidade nunca imperativas e inderrogáveis e, por conseguinte, não prescrevem. Nas palavras do autor Lauro Joppert:

Enquanto os crimes de lesa humanidade, eles nunca prescreveriam por imposição de norma consuetudinária internacional com força de *ius cogens*, verificada em diversas resoluções da ONU e expressa na Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 (art. 1º, § 2º) (JOPPERT, 2010, p. 41)

Sendo assim, os crimes cometidos violam não somente os tratados internacionais ratificados pelo País como também o “*Jus Cogens*” presentes nas normas de Direito Internacionais, as quais estão revestidas de imprescritibilidade.

6. Análise do posicionamento doutrinário brasileiro quanto aplicabilidade do controle de convencionalidade no Brasil

Ao se conceituar de justiça de transição no Brasil é necessário que se fale da Lei de Anistia, que por sua vez é uma legislação anterior a constituição vigente e por se tratar de um perdão a crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil faz necessário que seja analisada, sendo desta forma, entende Mazzuoli (2011):

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a defender: a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da não recepção, com a consequente revogação da norma a partir daí, quando então se fala em revogação por ausência de recepção; b) se a lei antinômica é posterior à Constituição,

nasce uma inconstitucionalidade, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes sub judice) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); c) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com status supralegal – ou de direitos humanos – com status de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é superior); e d) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente compatível com a Constituição) tem-se que tal norma é inválida (apesar de vigente...) e, conseqüentemente, totalmente ineficaz. (MAZZUOLI, 2011, p. 118)

Desta forma, as normas devem ser válidas materialmente no ordenamento jurídico doméstico bem como em relação aos tratados que são ratificados no sistema jurídico. Desse modo, são gerados diversos questionamentos a acerca da compatibilidade da referida legislação como define Tercio Sampaio (2008) em texto que se refere sobre a Lei de Anistia:

A dúvida tem por base o argumento de que a tortura deve ser considerada crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível e não anistiável. Afinal, a própria Constituição Federal (artigo 5º, III) declara, como um direito fundamental, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. (SAMPAIO, 2008)

Portanto, tanto a convencionalidade quanto a inconstitucionalidade, por serem institutos ligados às regras internacionais tem ligação direta com a Lei de Anistia uma vez que essa legislação materialmente versa em sentido contrário ao que dispõe os tratados internacionais e a Constituição Federal.

Diante da inconstitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, Mazzuoli aborda a teoria da dupla compatibilidade vertical material, a qual dispõe que a produção normativa estatal interna deve observar os limites procedimentais, e os limites verticais materiais. Para que exista vigência e validade das normas domésticas, se faz necessário a compatibilidade com a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos, e com os demais tratados internacionais comuns de status supralegal. (MAZZUOLI, 2020)

Depreende-se que há a necessidade de um novo paradigma jurídico no sistema brasileiro, que requer inovação não só no que se refere a regulação jurídica, mas também na forma de produção normativa, para que assim haja validade e por

consequente eficácia materialmente vertical com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos ou comuns, nos quais o país seja signatário. (MAZZUOLI, 2020)

Assim é precisa e dispõe a lição de Valério Mazzuoli:

Para a melhor compreensão dessa dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país. O respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade das leis; o respeito aos tratados que sejam de direitos humanos faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) controle de convencionalidade das leis; e o respeito aos tratados que sejam comuns faz-se por meio do controle de supralegalidade das leis, conforme abaixo veremos com detalhes. (MAZZUOLI, 2011, p. 119)

Portanto, as normas do direito doméstico devem não só guardar compatibilidade com Constituição Federal, mas devem também estar aptas para integrar a ordem jurídica internacional. (MAZZUOLI, 2011)

Vale ressaltar a mudança substancial na aplicabilidade do controle de convencionalidade no Brasil possibilitaria uma visão integracionista do Direito, tendo em vista a existência de uma postura conservadorista e dualista dos tribunais brasileiros, os quais enxergam o direito interno e internacional como duas esferas jurídicas ambivalentes. (CHAVES; SOUZA, 2016)

Acerca de tal controle interno das normas, dispõe ainda Denisson Chaves e Mônica Souza:

O controle de convencionalidade apresenta-se como um mecanismo eficiente à proteção e efetivação dos direitos humanos, tanto no Brasil como nos sistemas regionais e transnacionais de proteção aos direitos do homem. As transformações geradas pelo controle de convencionalidade vão além de modificações estruturais – são mudanças de postura e de interpretação do Direito em sua totalidade. Conforme exposto, não é possível admitir que os juízes e tribunais brasileiros restrinjam-se às fontes internas do Direito. Isso porque, para que os direitos e a liberdade dos homens possam ser respeitados, é preciso ir além das limitações políticas do Estado. É forçoso compreender o Direito além do Estado, o Direito sob a perspectiva do ser humano. (CHAVES; SOUZA, 2016, pp. 109-110)

Nesse sentido, compreende-se que o sistema jurídico brasileiro deve exercer o controle de convencionalidade no que se refere aos tratados internacionais ratificados pelo país, de modo a conformar as leis internas aos compromissos assumidos pelo Estado perante a ordem do direito internacional. Tendo em vista as repercussões práticas no plano do direito doméstico, é legítima a aplicabilidade pelos órgãos da justiça nacional do controle de convencionalidade na produção normativa interna. (MAZZUOLI, 2020)

O diálogo jurisdicional caracteriza-se como a compatibilização entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as jurisdições nacionais. Para a consecução do diálogo harmonioso entre a Corte e as jurisdições faz-se imprescindível a incidência do mecanismo do controle de convencionalidade. Acerca desses diálogos jurisdicionais menciona Thaís Bordin Anelli:

Assim, das intersecções do direito internacional com o nacional surgem os diálogos jurisdicionais e o mecanismo do controle de convencionalidade vem como uma ferramenta de harmonização das normas nacionais com as normas convencionais. (ANELLI, 2017, p. 231)

Ademais, ainda no cerne da utilização do controle de convencionalidade para a aplicabilidade dos diálogos jurisdicionais, menciona a referida autora:

E conectando a utilização do controle de convencionalidade e suas vertentes com os diálogos jurisdicionais, observa-se o ponto comum entre os temas. O viés de controle exercido pelo juiz nacional frente à Corte, seria o diálogo jurisdicional vertical “de baixo para cima”. Por sua vez, o controle exercido pela Corte frente à jurisdição interna, seria o diálogo jurisdicional vertical “de cima para baixo”. (ANELLI, 2017, p. 237)

Como já discutido no decorrer do presente trabalho, é de sabença que os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, seja supremacia tanto constitucional, como nos tratados de direitos humanos, ou supralegal, referente aos demais tratados considerados comuns (MAZZUOLI, 2011). Sendo assim, depreende-se que a produção normativa estatal deve respeitar alguns limites para que consolide a vigência e a concomitante validade das leis, assim como menciona Valério Mazzuoli:

[...] É lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, **mas não será válida se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos** (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal). (MAZZUOLI, 2011, p. 117, grifo nosso)

Sendo assim, o respeito a dupla compatibilidade vertical material, ou seja, a compatibilidade da lei com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país, assim como os demais instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro (MAZZUOLI, 2011) configura a receptividade pelas cortes nacionais ao diálogo jurisdicional.

Considerações finais

Do exposto depreende-se que a justiça transicional é a concepção de justiça associada ao período de mudanças políticas, as quais repercutem no âmbito jurídico de modo que a normalização da justiça de transição implica na apropriação do discurso humanitário como o Estado de Direito. Devendo sua estratégia procedimental observar contextos em que a paz é frágil ou em que as instituições perpetradoras de abuso ainda se conservam no poder.

Desse modo, o processo transicional depende do local e de suas particularidades políticas, no que se refere ao Brasil, embora houvesse apoio popular para um futuro democrático o Estado repressor se utilizou de mecanismos para controlar todo o processo transicional, objetivando a pacificação através do esquecimento jurídico tem-se o advento da Lei de Anistia.

A referida legislação se traduz em uma garantia estatal que assegurou a não responsabilização dos agentes da ditadura, silenciando crimes e sendo complacente com as violações aos direitos humanos. Diante do caráter dúbio da referida legislação tem-se a impunidade dos militares nos crimes de lesa-humanidade ocorridos durante a ditadura.

Partindo dessa perspectiva, restou ainda evidenciado que as normas infraconstitucionais produzidas no país devem passar pela análise de compatibilidade com o ordenamento jurídico interno mediante o controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais de direitos humanos mediante o controle de convencionalidade.

Tendo em vista que, o mencionado controle se traduz em um dos aspectos das atividades desenvolvidas pelos organismos internacionais para garantir a efetiva tutela dos direitos humanos, que se apresenta como um paradigma fiscalizador das normas infraconstitucionais, acerca do grau de acolhimento e respeito de cada Estado signatário das Convenções Americanas, e assim assegurando a responsabilização estatal por inobservância das obrigações contraídas.

As mudanças trazidas pela aplicabilidade do controle de convencionalidade possibilitam uma maior integração do Direito em sua totalidade, desenvolvendo paradigmas para a produção normativa doméstica. Conforme exposto, desenvoltura do Estado brasileiro padece de maior aceitabilidade e efetividade, os juízes e tribunais brasileiros apresentam uma postura conservadora e dualista, tendo em vista que enxergam o direito interno e o direito internacional como duas esferas ambivalentes, criando categorias jurídicas entre os tratados internacionais ratificados, que por sua vez viola o princípio constitucional da isonomia.

Ademais, a luz do princípio do direito internacional público, como o “*Jus Cogens*”, o disposto no §2º, art. 5º da CF/88 constitucionaliza os tratados internacionais em vigor no plano interno, por essa razão cabe aos juízes e tribunais brasileiros procederem o exame de compatibilidade das leis internas com as Convenções Americanas, como também com a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, uma vez que esta exerce sua competência consultiva, cabe ao Estado cessar o ato de lesão aos direitos humanos.

No tocante a Lei de Anistia, restou consubstanciado que a Corte Interamericana aponta a sua incongruência por inobservância do controle de convencionalidade, caracterizando a omissão do Estado brasileiro. Tendo em vista que, o Estado ao se tornar signatário de tratados internacionais se compromete a adotar medidas que possibilitem a harmonia ampla e efetiva com as Convenções Americanas e com a jurisprudência da Corte Interamericana.

Depreende-se que há a necessidade de um novo paradigma jurídico no sistema brasileiro, e para que haja inovação na regulação jurídica e na produção normativa se faz necessário a dupla compatibilidade vertical e material, ou seja, para que a norma interna seja considerada vigente terá que ser formalmente de acordo com a Constituição Federal, e materialmente compatível com os tratados internacionais de direitos humanos e com os tratados comuns. A existência do diálogo interjurisdicional é a compatibilização entre a Corte Interamericana e a jurisdição nacional.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. **Direito à Verdade e à Justiça na Transição Política Brasileira**. In.; GENRO, Tarso. (orgs.) Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Os Direitos da Transição no Brasil**. In: ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso (orgs.). Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012

ANELLI, Thaís. Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade: desafios à harmonização do diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as Jurisdições Nacionais Latino-Americanas em tempos de neoconstitucionalismo. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Rio Grande do Norte. 15 maio 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12263/8491>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

ASSIS, Emerson Francisco de. Justiça de Transição e o Atual discurso de Negação dos Direitos Humanos no Brasil. In: CANOTILHO, Mariana Rodrigues; BEÇAK, Rubens (orgs.). **Direitos Humanos e Efetividade**: fundamentação e processos participativos. Florianópolis: CONPEDI, 2017, pp. 22-38

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. (Concede a anistia e dá outras providências). Planalto, Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 15, Set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: **A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. Comissão da União Europeia, 2 ed. São José da Costa Rica/Brasília, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, 2016, v.61, n.1. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787>> Acesso em: 23, Ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)**. San José da Costa Rica, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20, Set. 2020.

ELSTER, Jon. Conclusion. In: ELSTER, Jon (coord.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University, 2006.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Anistia: Geral e Irrestrita. **Jornal Folha de São Paulo, tendências e debates**, 16 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1608200809.htm>> Acesso em: 07, Nov. 2020.

GARCÍA-RAMÍREZ, Sergio. **Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales)**. Algunas cuestiones relevantes. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 18, pp. 231-273, 2014.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. Controle de convencionalidade. Curitiba: **Revista Jurídica**, 2017, Vol. 1, nº 46, pp. 1-21.

MARTINS, Tainah Albuquerque. **Controle de convencionalidade: a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia**. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/10349>> Acesso em: 23, Ago. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v.46, n.181. Brasília, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>> Acesso em: 23, Ago. 2020.

_____. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <

http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/11193/material/Controle_Convencionalidade_V_Mazzuoli.pdf> Acesso em: 23, Ago. 2020.

_____. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em:< <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982195/cfi/6/10!/4/2/4@0:0> > Acesso em: 07, Nov. 2020.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª Ed. São Paulo: Editor Forense, 2020. Disponível em:< <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983383/cfi/6/10!/4/2/4@0:0> > Acesso em: 07, Nov. 2020.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2013.

RUSSOWSKY, Íris. **O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Belo Horizonte: CAAP, 2012, Vol. 18, pp. 61-96.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias Políticas: considerações de história e política do direito. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michel; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 249-278.

TEITEL, Ruti G. **Genealogia da Justiça Transicional**. In: REÁTEGUI, Félix (org.). **Justiça de Transição: manual para a América Latina**. Nova York: Centro Internacional para Justiça de Transição, 2011.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição: origens e conceito**. O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. 7. Ed. 1. Brasília, DF: UNB, 2015. pp. 146-152.

VAN ZYL, Paul. **Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito**. **Justiça de transição: manual para a América Latina / coordenação de Félix Reátegui**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. pp. 47-71.