

O CASO HERZOG NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): PRESSÕES TRANSCONSTITUCIONAIS PARA UMA RELEITURA DA ADPF N° 153/DF E DE SUA PROBLEMÁTICA NARRATIVA OFICIAL SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985)

 <https://doi.org/10.56238/arev7n2-252>

Data de submissão: 21/01/2025

Data de publicação: 21/02/2025

Mateus Rocha Tomaz

Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB).

Marcus Vinícius Fernandes Bastos

Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB).

RESUMO

O presente paper almeja proceder a uma análise acerca de quais teriam sido as pressões transconstitucionais exercidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por sobre a ordem jurídica nacional brasileira para uma releitura da ADPF n. 153/DF e de sua problemática narrativa oficial sobre a ditadura militar brasileira. Para tanto, o presente texto se divide em seis seções distintas. Após uma breve introdução, serão apresentados, ainda que de forma panorâmica, (i) o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF n. 153/DF e o entendimento da CIDH nos casos (ii) Gomes Lund e (iii) Herzog. Logo após, serão apresentados os influxos teóricos essenciais à compreensão das pressões transconstitucionais exercidas pela Corte. Por fim, à guisa de uma conclusão, serão articulados os insumos das operações anteriores de modo a mensurar o possível porvir do entendimento sufragado no julgamento da ADPF n. 153/DF.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Herzog e outros v. Brasil. ADPF 153.

1 INTRODUÇÃO

Em sentença datada de 15 de março de 2018, o estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 1975, durante o período ditatorial que então vigorava no país. Na ocasião, a Corte entendeu que o episódio caracterizaria hipótese de um crime de lesa-humanidade, em virtude da constatação da ocorrência de tortura e assassinato da vítima por agentes oficiais da repressão ditatorial, condenando o Brasil, dentre outros, a reabrir as investigações contra os responsáveis pelo crime e a reparar danos sofridos pela família da vítima (CIDH, 2018). Longe de uma decisão isolada, o caso se inscreve no contexto de uma já reiterada corrente jurisprudencial no âmbito da CIDH no sentido da necessidade de punição às graves violações de direitos humanos verificadas no contexto das ditaduras civis-militares ocorridas no cone sul na segunda metade do século XX.

No particular, trata-se de entendimento especialmente relevante para o caso brasileiro, na medida em que – ao contrário do observado em outros países da região – praticamente não houve no Brasil, durante ou após o processo de redemocratização, um esforço efetivo para a concretização da chamada Justiça de Transição – assim compreendidas as medidas judiciais ou extrajudiciais destinadas a reparar e compensar o legado de violações de direitos humanos no contexto de regimes de exceção. Apesar de iniciativas como a instituição de pensões e reparações pecuniárias para atingidos por atos de exceção (instituída pela Lei n. 10.559/2002) ou a tardia instauração de uma Comissão Nacional da Verdade (instituída pela Lei n. 12.528/2011), a elucidação e responsabilização de agentes da ditadura no Brasil é obstada pela Lei de Anistia editada durante o processo de redemocratização (Lei n. 6.683/1979), interpretada de modo a eximir de responsabilidade os agentes da repressão. Tal interpretação da lei de anistia, aliás, teve a sua validade reafirmada em face da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153/DF. Desde então, a CIDH tem se pronunciado no sentido da necessidade de revisão do entendimento adotado quando do julgamento da ADPF n. 153, primeiro no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”) e, mais recentemente, na apreciação do caso *Herzog e outros vs. Brasil*.

Nesse contexto, a partir de influxos teóricos colhidos (entre outras) das obras de Marcelo Neves (NEVES, 2009) e de Günther Teubner (TEUBNER, 2016), o presente trabalho procederá à uma análise de quais teriam sido as pressões transconstitucionais exercidas pela CIDH por sobre o estado brasileiro, tomando especificamente o Caso Herzog de modo a melhor dimensionar os possíveis impactos de tal decisão na ordem jurídica nacional, especialmente no que concerne a uma cobrança

pela revisão da interpretação sobre responsabilização pelos crimes da ditadura dada pelo STF nos autos da ADPF n. 153/DF.

2 A ADPF N. 153/DF E A NARRATIVA OFICIAL SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA

Em outubro de 2008, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB) a ADPF que posteriormente recebeu a numeração 153/DF. Com a demanda, a OAB almejava obter do STF provimento jurisdicional conferindo interpretação conforme a Constituição para declarar que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/1979 aos crimes políticos ou conexos “não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar” (OAB, 2008, p. 17). Dito de outra forma, pretendia-se que fosse declarada inconstitucional a interpretação segundo a qual estariam anistiados pela Lei n. 6.683/1979 todos os agentes da repressão que cometem crimes comuns por motivação de alguma forma política – crimes estes que não seriam considerados conexos no sentido técnico da palavra (e que, em muitas das vezes, sequer estavam de alguma forma ligados a um crime tecnicamente político)¹.

Para fundamentar sua pretensão, a OAB sustentava que a interpretação segundo a qual estariam anistiados os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão violaria quatro preceitos constitucionais fundamentais, a saber: (i) isonomia em matéria de segurança; (ii) dever do poder público de não ocultar a verdade; (iii) princípios democrático e republicano e; (iv) dignidade da pessoa humana (OAB, 2008).

Adicionalmente, outra perspectiva argumentativa veiculada pela OAB desde o ingresso da ADPF N. 153/DF (e de particular relevância para a presente análise) diz respeito à invocação da jurisprudência da CIDH em matéria de auto-anistias criminais observadas em outros países do cone sul. Dentro do tópico em que se sustentava a violação aos princípios democrático e republicano e com fundamento na “prevalência dos direitos humanos” prevista no Art. 4º, II da CR/88 em conjunto com o reconhecimento da jurisdição da CIDH pelo Decreto Legislativo n. 89/1998, a OAB invocava a autoridade da CIDH para afirmar de forma categórica: “é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes” (OAB, 2008, p. 15).

¹ Para fins de contextualização, os dispositivos cuja interpretação conforme a Constituição era requerida consta o seguinte: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometem crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

No dia 29/4/2010, entretanto, o plenário do STF, após duas sessões de julgamento, por maioria de sete votos contra dois, rejeitou as preliminares para julgar improcedente a arguição, nos termos do voto do ministro relator Eros Roberto Grau. De uma forma geral, a maioria formada naquela ocasião, que trazia votos individuais com alguns fundamentos destoantes entre si, uniu-se no entendimento de que a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), na interpretação que abarcava também o perdão aos crimes cometidos pelos agentes da repressão política, consubstanciava-se como um pacto político fundamental do processo de redemocratização e teria sido, inclusive, reafirmada na Emenda Constitucional n. 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Nesse contexto, não haveria que se cogitar a não-recepção dessa peculiar concepção da anistia da Lei n. 6.683/1979, na medida em que ela própria, uma vez reafirmada pela emenda constitucional que招ocou a nova assembleia constituinte, figuraria como premissa da nova Constituição – nova Constituição que, circularmente, retiraria a sua própria legitimidade da emenda que convocara a sua elaboração e do próprio pacto político de anistia na compreensão que lhe deu o STF.

Sem entrar no mérito de tal peculiar interpretação do processo constituinte de 1987/1988, que nos parece trivializar a própria complexidade de tal fenômeno histórico, importa por fim salientar a forma com que foi tratada a questão do direito internacional e do direito constitucional comparado no julgamento da ADPF n. 153/DF. No particular, a despeito de ter a OAB invocado em sua petição inicial a jurisprudência da CIDH quanto à nulidade das auto-anistias concedidas no contexto das ditaduras militares da América Latina, o enfrentamento de tais precedentes em nenhum momento foi feito pelo plenário do STF. A questão do direito internacional, portanto, encontra-se praticamente ausente do julgamento da ADPF n. 153/DF. Já o direito constitucional comparado, por seu turno, acabou sendo invocado como mero instrumento retórico de reforço e erudição a corroborar uma conclusão previamente tomada. De forma genérica (e com convenientes omissões), são invocados, no corpo do voto do relator, episódios esparsos das histórias constitucionais do Chile, Argentina e Uruguai de modo a sustentar uma noção de que eventual readequação do teor das leis de anistia deve ser operado pelo poder legislativo (jamais pelo poder judiciário). Tem-se, no ponto, aquilo que Gabriel Rezende de forma precisa denominou de um “solilóquio constitucional”. Referido autor, ao discorrer sobre o conceito e referindo-se ao julgamento da ADPF n. 153/DF com propriedade assevera:

Com efeito, o diálogo solitário (*einsame Rede*) - o solilóquio – só impropriamente pode ser chamado de diálogo. Ele é a ausência de diálogo.

No caso do solilóquio constitucional passa-se algo muito similar. Assim como no solilóquio de Husserl, ele é a tentativa extrema de atribuição de sentido numa esfera de propriedade. Isto significa que só tem significado aquilo que possa ser restituído a uma esfera segura de interioridade na presença a si de um sujeito. O diálogo, portanto, só existe nos exatos termos de uma mera analogia ou, como aqui se tenderá a interpretar, a partir de uma lógica

ficcional. Em outras palavras, o contato entre ordens normativas, entre diferentes instâncias jurisdicionais, se dá no interior de apenas uma delas *como se* houvesse de fato um diálogo. Ao contrário do *transconstitucionalismo*, o qual opera a partir de uma lógica de aprendizado recíproco, o *cisconstitucionalismo* se desenvolve através da estrutura ficta de debate e diálogo que a um só tempo é assegurada e assegura a soberania. Ao menos, é esta sua pretensão (PINTO, 2013. p. 55-56)

3 O CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

Dois anos depois do julgamento da ADPF n. 153/DF, no ano de 2010, a CIDH pela primeira vez se debruçou sobre a questão da Justiça de Transição no Brasil, ao julgar o caso *Gomus Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.*

Na ocasião, a Corte apreciou as pretensões de apuração, responsabilização e apuração formuladas em nome dos desaparecidos do notório episódio da “Guerrilha do Araguaia”, grupo de resistência ao regime ditatorial que se fixou na região do Araguaia, situada no interior norte e centro-oeste do Brasil, e que conhecidamente veio a ser dizimada pelas forças de repressão do regime.

Por ocasião do referido julgamento, a CIDH entendeu que os “desaparecimentos forçados” a que foram submetidos os integrantes da “Guerrilha do Araguaia” consubstanciavam crimes de lesa-humanidade e que o estado brasileiro era responsável pela violação de diversos direitos de titularidade dos desaparecidos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), notadamente os direitos à personalidade jurídica, à vida, a um julgamento justo, à integridade e à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão e ao direito de informação e de busca da verdade, dentre outros – consignando-se, ainda, que o estado brasileiro descumpriu o dever de tratamento humano constante também da convenção.

A CIDH entendeu, por fim, que as provisões da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979) que impeçam a investigação e punição das graves violações de direitos humanos tratadas no caso violam a Convenção Americana de Direitos Humanos, não possuem quaisquer efeitos legais e não podem permanecer como empecilho à investigação dos fatos tratados no caso (CIDH, 2010). De uma forma clara, a CIDH entendeu pela necessidade de revisão do entendimento sufragado quando do julgamento da ADPF n. 153/DF.

4 O CASO HERZOG E OUTROS VS. BRASIL

Posteriormente, já no ano de 2018 (depois de ter sido inclusive constatado pela própria CIDH o descumprimento da maioria das disposições do Caso *Gomus Lund* – e o cumprimento tão somente parcial e insuficiente das poucas disposições que o estado brasileiro efetivamente se propôs a cumprir), a CIDH voltou a se debruçar sobre as demandas de Justiça de Transição no Brasil ao julgar o caso *Herzog e outros vs. Brasil.*

Vladimir Herzog, jornalista e membro do Partido Comunista Brasileiro (PCB), foi abordado por agentes da repressão em 24 de outubro de 1975, ocasião em que se comprometeu a apresentar-se voluntariamente na manhã do dia seguinte nas dependências do Departamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI, notório centro de repressão política) para depor sobre suas ligações com o PCB, o que efetivamente veio a ocorrer. No próprio dia 25 de outubro de 1975, entretanto, Herzog veio a falecer ainda sob a custódia dos agentes do DOI/CODI, em virtude de algo que os órgãos oficiais inicialmente indicaram ser um suicídio por enforcamento. Investigações posteriores (inclusive judiciais), todavia, indicaram que Herzog foi, em verdade, torturado e assassinado por agentes do DOI/CODI.

À exemplo do que ocorrera no Caso *Gomes Lund*, também no Caso *Herzog* a CIDH entendeu que os atos praticados pelos agentes do regime militar contra o jornalista Vladimir Herzog consubstanciavam-se em graves violações de direitos humanos e a negativa de uma devida elucidação e punição de eventuais responsáveis pelo episódio estariam em descompasso com as obrigações da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por tais motivos, decidiu-se que:

O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional (CIDH, 2018. p. 102)

Adicionalmente, sobre a questão da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), igualmente se realçou a incompatibilidade da sua interpretação na forma estabelecida pelo STF no âmbito da ADPF n. 153/DF com as obrigações assumidas pelo estado brasileiro no Pacto de San José da Costa Rica, em trecho, inclusive, transcrito do próprio Caso *Gomes Lund*:

Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso. Isso se deve a que “a interpretação [da Lei de Anistia] absolve automaticamente todas as violações de [d]ireitos [h]umanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política” [...] 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, 2018. p.30)

Também no Caso *Herzog*, nota-se uma clara pressão da CIDH para que haja uma revisão do entendimento sufragado no julgamento da ADPF n. 153/DF acerca da interpretação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979).

5 A CIDH, O STF E OS DIÁLOGOS TRANSCONSTITUCIONAIS

A sociedade moderna é marcada por uma mudança paradigmática de percepção sobre a realidade do mundo. Mudou-se de uma consciência da realidade para uma observação da observação (LUHMANN, 2011, p. 150). É dizer, na modernidade, “ocorre a perda de realidade, no sentido da tradição ontológica” (LUHMANN, 2011, p. 151) e somente “podemos ter acesso às coisas objetivas do mundo pela informação, por meio do que os outros dizem e, certamente, do que nós dizemos” (LUHMANN, 2011, p. 150).

Dessa forma, essa observação da observação ou observação de segunda ordem “constituiu a forma mais avançada de apreensão do mundo, em uma diversidade de campos funcionais: a ciência, a arte, a economia, a política...” (LUHMANN, 2011, p. 150).

Assim, a sociedade mundial, constituída por múltiplos sistemas sociais,

[...] toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença. A dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença (LUHMANN, 2011, p. 101).

Os sistemas sociais, apesar de diferenciados, não são herméticos e insensíveis ao meio e aos outros sistemas. Ou seja:

[...] há possibilidades armazenadas (ruídos) no meio, que podem ser transformadas pelo sistema; portanto, mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de indiferença e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que serão aproveitados pelo sistema” (LUHMANN, 2011, p. 131/132).

Essa influência e provocação recíprocas entre sistemas não deve, contudo, significar a própria determinação de um sistema pelo outro: “Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidade de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis” (LUHMANN, 2011, p. 132). Os acoplamentos estruturais constituiriam, portanto, “mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais” (NEVES, 2009, p. 37). E o exemplo mais sobressalente é a Constituição, que funciona como acoplamento estrutural do Direito e da Política.

Marcelo Neves, à luz do conceito de razão transversal de Wolfgang Welsh e diante do crescente ganho de complexidade da sociedade mundial na modernidade tardia, propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural de Luhmann pelo conceito de racionalidade transversal. Neves pontua que, à semelhança do acoplamento estrutural, as rationalidades transversais atuam como pontes de transição entre os sistemas.

Ocorre, contudo, que, apesar dos acoplamentos estruturais (enquanto mecanismo bilateral de transição entre dois sistemas autônomos) serem condições necessárias para a racionalidade transversal entre sistemas, eles não são, contudo, condições suficientes. Isso porque,

Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem, sobretudo, ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com rationalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas) (NEVES, 2009, p. 49).

Falando especificamente do fenômeno do transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal, como sói acontecer com o objeto de estudo deste paper, Marcelo Neves afirma que “[n]ão cabe, a rigor, falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente” (NEVES, 2009, p. 132).

De acordo com Neves, fenômenos dessa natureza envolvem um caráter dúplice. No que concerne à ordem estatal, os tribunais constitucionais passam cada vez mais a se debruçar sobre “problemas constitucionais referentes a direitos humanos ou fundamentais ou concernentes à questão de limitação e controle do poder, envolvendo pretensões que ultrapassam o âmbito de validade específico da ordem interna” (NEVES, 2009, p. 133). Por outro lado, no que se refere à ordem internacional, “significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência de seus tribunais [CIDH, por exemplo], que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados” (NEVES, 2009, p. 133).

Novamente, a questão se apresenta de maneira constitucional e sociologicamente muito mais complexa do que a pura e simples heterodeterminação de uma ordem sobre a outra e vice-versa. O problema se coloca muito mais, no plano fático-jurídico, em termos de pressões constitucionais mútuas entre ordens. Pressões essas que não necessariamente acarretam uma vinculação imediata de uma esfera sobre a outra, mas sim – na maioria das vezes – o surgimento de problemas e provocações constitucionais inéditos e que transbordam da tradicional lógica binária *jus cogens* vs. soberania estatal.

Com efeito, imbróglios transconstitucionais como esse referente ao Caso Herzog – em que a CIDH e o STF colocam narrativas constitucionais diferentes e conflitantes sobre uma mesma questão para se contrapor na esfera pública – demonstram que é necessária uma problematização no enfoque constitucional dessas novas questões jurídicas, que não aparecem normativamente como uma imposição normativo-teórica, mas sim como algo mais ou menos afeito àquilo que Günter Teubner chama de “fragmentação constitucional” ou de “Constitucionalismo além do Estado Nacional”: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores ‘privados’ da sociedade mundial” (TEUBNER, 2016, p. 24).

Insistir numa lógica binária é não só diagnosticar de maneira equivocada essa nova ordem de coisas, mas também e principalmente estar longe de encontrar soluções constitucionalmente adequadas para essas problemáticas. Conforme doravante será discorrido, a postura da CIDH no julgamento do Caso Herzog mostrou-se muito mais aberta a esse novo paradigma transconstitucional do que a atuação do STF no julgamento da ADPF 153, ocasião em que a Suprema Corte brasileira não só aplicou controversamente o direito constitucional pátrio, mas sobretudo pelo modo em que enclausurou sentidos constitucionais quando tapou os ouvidos para o que diz a ordem internacional sobre crimes contra a humanidade, desencadeando toda a série de pressões da CIDH a partir do Caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, as quais culminaram com a recente sentença no caso Caso *Herzog e outros vs. Brasil*.

Ora, de acordo com Marcelo Neves, uma perspectiva unilateralmente internacionalista seria problemática:

[...] não porque se possa recorrer aos princípios tradicionais de autodeterminação ou da igualdade soberana, mas sim porque, sem autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo. O modelo de intervenção tem mostrado a sua precariedade ou insignificância na construção de ordens constitucionais internas (NEVES, 2009, p. 133).

E continua:

Por outro lado, quando os tribunais nacionais pretendem partir exclusivamente da ordem jurídico-constitucional, confrontam-se – sobretudo quando se trata do caso extremo de *jus cogens* [justamente o argumento central da CIDH no Caso Herzog] – com a crescente dificuldade de deixar de lado as instituições e normas do direito internacional público em nome da soberania, pois essa não pode ser mais legitimidade simplesmente como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a ‘uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 133-134).

Dessa forma, não se pode recair, nas palavras de Neves, em um “pseudouniversalismo internacionalista”, tampouco num “provincianismo constitucional”, na medida em que “tanto numa perspectiva como quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise” (NEVES, 2009, p. 135).

Isso porque: “A ‘abertura da estatalidade’, ao contrário, trouxe consigo uma ‘interpenetração entre ordem estatal e internacional’, que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional” (NEVES, 2009, p. 134).

No que concerne à constitucionalidade da Lei de Anistia, que, na interpretação que lhe tem sido dada pelas cortes brasileiras, tem perdoado agentes estatais da ditadura brasileira por crimes cometidos contra a humanidade (notadamente, sequestros, torturas e homicídios), observam-se dois diferentes tratamentos por parte da CIDH e do STF, especificamente no que toca à relação transconstitucional entre as ordens jurídicas nacional e internacional.

Conforme já demonstrado, o acórdão do STF na APDF 153 foi extremamente controverso e omisso ao tratar das normas de direito internacional sobre punição de agentes estatais que perpetraram crimes contra a humanidade. Praticamente nenhuma norma de *jus cogens* foi enfrentada pelo Relator e pelos demais Ministros quando do referido julgamento, padecendo a Corte do “provincianismo estatalista” ou do “unilateralismo e incapacidade para ‘conversações constitucionais’” (NEVES, 2009, p. 137). Essa postura se difere radicalmente daquela adotada por outras Supremas Cortes da América do Sul quando julgaram crimes semelhantes. Nesses casos, os tribunais abriram-se para não só para as normas de direito internacional referentes a delitos contra a humanidade, mas também à jurisdição da CIDH, que tem a competência constitucional de analisar violações de direitos humanos cometidas pelos signatários que a ela se submetem.

Ao contrário, a postura constitucional da CIDH foi de abertura e de conversação, na medida em que – dentro de suas competências – cobrou do Brasil respeito às normas de direito humanitário no que concerne à apuração de crimes contra a humanidade cometidos durante a Ditadura de 1964. Passada quase uma década do Caso Gomes Lund e de reiterada omissão, o Tribunal condenou novamente o Brasil, agora no Caso Herzog. Tudo isso para demonstrar que se houve uma instituição que permanentemente se dispôs a inaugurar uma conversação transconstitucional com o Brasil foi a CIDH.

Diga-se, por oportuno, que não se está a defender aqui necessariamente uma subordinação intrínseca do STF às decisões da CIDH ou vice-versa. Os diálogos transconstitucionais não operam com essa lógica binária e maniqueísta. O que se está a questionar é a “negação narcisista” (NEVES,

2009, p. 139) da Suprema Corte brasileira a argumentos e normas relevantíssimos (inclusive de *jus cogens*) para o debate constitucional de fundo travado na ADPF 153. O fato de o STF ter tapado os ouvidos para essa discussão não faz com que a problemática desapareça. Prova disso é que, após o julgamento do Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) uma nova ADPF – que veio a receber a numeração 320/DF e foi distribuída ao Ministro Luiz Fux – em que se defende, basicamente, a possibilidade de se punir agentes estatais da ditadura por crimes cometidos contra a humanidade, justamente com a invocação de argumentos de direito internacional.

Dessa forma, o fantasma do transconstitucionalismo parece assombrar a Corte, quer ela queira, quer não. O Caso Herzog corrobora isso no plano internacional, na medida em que demonstra, como se viu, que as pressões transconstitucionais operam de maneira fragmentária, só passível de serem compreendidas enquanto diálogo e abertura.

6 CONCLUSÃO: O PORVIR DA NARRATIVA SUFRAGADA NA ADPF N. 153/DF

A CIDH pressionou o Brasil, por ocasião do julgamento do Caso Gomes Lund, a tomar providências a respeito dos crimes contra a humanidade perdoados pela Lei de Anistia na interpretação que lhe tem dado o STF. Essa condenação ensejou o ajuizamento de nova ADPF em que se questiona e se requer a aplicabilidade das normas de Direito Internacional humanitário em nova apreciação da constitucionalidade da Lei de Anistia. Não tendo o Brasil tomado as providências dele requeridas no Caso Gomes Lund, a Corte Interamericana, oito anos depois, condenou novamente o Brasil, em grande parte por essas mesmas condutas, agora no Caso Herzog.

As pressões transconstitucionais recíprocas são, portanto, um fenômeno jurídico-sociológico presente e urgente. Cabe ao STF, portanto, trata-lo de maneira responsável, íntegra e condizente com a complexidade da fragmentação constitucional, que não admite mais arroubos de autoritarismo e de enclausuramentos constitucionais em nome de um conceito de soberania que não mais se sustenta.

O cenário, todavia, não é animador. Relembre-se, por oportuno, o recente imbróglio referente à vinculação ou não do ordenamento jurídico brasileiro ao parecer do Comitê Internacional de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que garantiu ao ex-presidente Lula tem direito a concorrer à Presidência da República nas eleições de 2018. Tanto o Supremo Tribunal Federal (Pet 7.841/PR) quanto o Tribunal Superior Eleitoral (Rcand 0600903-50.2018.6.00.0000) decidiram que o parecer não é vinculante. Indagado sobre a incidência do Direito Internacional no caso, o Ministro do STF Alexandre de Moraes respondeu com a frase “cada macaco no seu galho” (COUTINHO, 2018),

o que demonstra ainda um descompasso da Suprema Corte brasileira com essa nova realidade transconstitucional.

Ora, “no Estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece vazio” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 187-188).

Noutras palavras, a “cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivencias e exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras” (CARVALHO NETTO, 2003).

Não se pode aceitar mais a existência de lugares privilegiados de poder, ainda que dentro do próprio Poder Judiciário, a quem compete, na atual quadra do constitucionalismo, o relevantíssimo papel de concretizar direitos mediante a interpretação de textos e equivalentes a textos.

Veja-se, nesse sentido, o que Habermas tem a dizer sobre argumentos substanciais que pretensamente guardam em si uma suposta verdade natural consubstanciada numa opinião final:

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. ‘Correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso - ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são "cogentes" no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explica o conteúdo de premissas), ou de uma evidência imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável). Por isso, não há um fim "natural" no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir a fortiori a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão "acordo racionalmente motivado" pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de "mover", num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, seria preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente - como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal - daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como ‘final opinion’ (HABERMAS, v. I, 2010, p. 281-282).

Também nesse sentido, veja-se a crítica de Juliano Zaiden Benvindo:

Porque, afinal, querer se afirmar o detentor da "última palavra" não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida, caso contrário perde em legitimidade. Ter a tão desejada "última palavra" é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a "última palavra" é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania (BENVINDO, 2014).

Por sua vez, Menelick de Carvalho Netto assenta que

Como condição do conhecimento temos então precisamente a exigência de saber que nosso conhecimento é limitado, o que requer fundamentação explicitada e, assim, que esse saber se apresente abertamente em sua precariedade, oferecendo-se à permanente possibilidade de refutação, ou seja, ou é um saber refutável e aprimorável ou não é conhecimento. A dogmática jurídica, portanto, ela própria só é admissível hoje como ciência do direito se não for exatamente dogmática, há que ser fundamentada, aberta e se saber limitada pela permanente possibilidade-de refutação de suas premissas e afirmações (CARVALHO NETTO, 2003).

Sendo assim, há de se ter cuidado para não se recair naquilo que João Costa Neto chama de “narcisismo constitucional”, o que “significa interpretar a Constituição como um reflexo dos próprios valores. A expressão denota a facilidade com que alguns intérpretes projetam seus valores pessoais sobre o texto constitucional” (COSTA NETO, 2017, p. 175) e não como uma comunidade de princípios que espelha as lutas históricas por afirmação de direitos fundamentais e pela garantia do Estado de Direito, o que só pode significar, no Estado Democrático de Direito, uma soberania que aparece como “lugar vazio” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 187-188), ou seja, enquanto abertura para o dissenso na esfera pública e para o convencimento argumentativo e procedural. Jamais pelo enclausuramento de sentidos e pela invocação de uma arbitrária “última palavra”.

Sendo assim, espera-se que o STF, quando do julgamento da ADPF 320/DF, reescreva sua própria visão não só sobre a Ditadura de 1964, mas também sobre a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional, tendo em vista esse cenário – real e incontornável – de fragmentação constitucional e de conversação transconstitucional entre diferentes sistemas jurídicos e Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "Última Palavra", o Poder e a História. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, jan-mar - 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2010, DJe 6/8/2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais*. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 141-163.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018.

COUTINHO, Mateus. 'Cada macaco no seu galho', diz ministro do STF sobre pedido de Comitê da ONU em relação a Lula. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/cada-macaco-no-seu-galho-diz-ministro-do-stf-sobre-pedido-de-comite-da-onu-em-relacao-lula-22998040>> Acesso em: 24 nov. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HOLMES, Pablo. *O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global*. Dados (Rio de Janeiro. Impresso), v. 57, p. 1137-1168, 2014.

LUHmann, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MEYER, Emílio. Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n o 153/DF pelo direito internacional dos direitos humanos*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

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

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

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Petição Inicial na ADPF 153*. 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

PINTO, Gabriel Rezende de Souza. *Para a democracia: soberania, transição e rastro na ação de*

descumprimento de preceito fundamental n. 153. 400 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

TEUBNER, Günther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Günther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORELLY, Marcelo Dalmas. *Governança transversal dos direitos fundamentais: experiências Latino-Americanas*. 2016. 300 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.