

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **TEORIA GARANTISTA: O SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL E A VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS<sup>1</sup>**

*GARANTISM THEORY: THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE VIOLATIONS OF PROVISIONS OF THE INTER AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS*

**Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto<sup>2</sup>**

**Natammy Luana de Aguiar Bonissoni<sup>3</sup>**

**Daniela Mesquisa Leutchuk de Cademartori<sup>4</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Eficácia dos direitos fundamentais pós CRFB/88; 2. A teoria geral do garantismo e o constitucionalismo garantista; 3. As mudanças provocadas pela introdução do garantismo jurídico em um modelo de positivismo clássico: as dimensões da democracia; 4. O

---

<sup>1</sup> Alguns destaques do presente artigo já foram publicados seguinte e-book: BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos destacados acerca da Responsabilidade Internacional pós CRFB/88. In: RIBEIRO, Daniela Menegoti, et al. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos II**. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 217-231. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=071aece5dadee762>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC (UNIVALI) e do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz de Direito de 2º Grau (Desembargador Substituto) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Contato: [franciscojneto@uol.com.br](mailto:franciscojneto@uol.com.br).

<sup>3</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ/UNIVALI. Bolsista do PROSUP/CAPES. Contato: [natammy@hotmail.com](mailto:natammy@hotmail.com)

<sup>4</sup> Possui graduação em Direito (UFSC - 1986) e em História (FIC Santa Maria/RS - 1984), pós-graduação (lato sensu) em fundamentos de epistemologia pela UNISC - Santa Cruz do Sul/RS (1985), Mestrado e Doutorado em Direito pela UFSC -Florianópolis/SC (1993 e 2001) e Pós-Doutorado junto à UFSC (2015). Atualmente é docente do Centro Universitário La Salle (Unilasalle -Canoas - RS) e professora vinculada ao Programa de Mestrado Direito e Sociedade da Unilasalle de Canoas - RS. E-mail: [daniela\\_cademartori@yahoo.com.br](mailto:daniela_cademartori@yahoo.com.br)

constitucionalismo garantista da constituição de 1988 e a violação de dispositivos da CIDH pelo STF; 5. A responsabilidade internacional do estado por violação aos direitos humanos; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas

## **RESUMO**

O presente artigo tem como finalidade destacar a adesão do Brasil ao modelo de constitucionalismo garantista apresentado por Luigi Ferrajoli, o qual impõe o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, e sua contraposição ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 153, o qual tinha como pretensão a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 6683/79, a chamada "Lei da Anistia". Além disso, pretende ainda colocar em relevo a desconsideração do sistema internacional de proteção aos direitos humanos e suas possíveis consequências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Constitucionalismo. Garantismo. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade internacional.

## **ABSTRACT**

*This article aims to highlight Brazil's adherence to the model of the garantism's constitutionalism presented by Luigi Ferrajoli, which requires respect for the fundamental rights guaranteed in the Federal Constitution, and its contraposition to the position taken by the Supreme Federal Court at the trial of the ADPF n. 153, which was claimed to have declared the unconstitutionality of the Law 6683/79, the "Amnesty Law". Thus, its intended the analysis of the disregard of the international human rights system and its possible consequences.*

**KEYWORDS:** Human Rights. Constitutionalism. Garantism. Supreme Federal Court. International Responsibility.

## **INTRODUÇÃO**

É inegável que cada vez mais os tratados internacionais continuam a representar um eficaz instrumento de mobilização de defesa e promoção dos direitos pessoais. Da mesma forma, evidente também tem sido a compreensão de que só isso não basta para transformar a realidade. É

preciso mais, razão pela qual tem se mostrado necessário que os países violadores de direitos humanos fundamentais sejam concretamente responsabilizados, e as vítimas, indenizadas pelo constrangimento e angústia sofridos.

Inserido em um modelo de constitucionalismo garantista, ou seja, um modelo que elege a Constituição Federal como seu documento principal e nela insere direitos fundamentais munidos de instrumentos de proteção, o Brasil tem feito significativos movimentos de busca de proteção de direitos humanos. Aliás, a proliferação de conflitos e de violações na ordem internacional, obriga a existência de um sistema de proteção eficaz, o que passa, em se tratando de questões que não respeitam fronteiras estatais, pela inserção em mecanismos de proteção supranacionais.

E foi justamente o que ocorreu com a edição da Emenda Constitucional nº 45, através da qual nosso sistema dá equivalência de emenda constitucional a todos os tratados ratificados internamente que versem sobre direitos humanos. Contudo, e em que pese todo esse aparato normativo, não foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando, ao examinar a constitucionalidade da Lei n. 6683/79, a chamada "Lei da Anistia", declarou sua adequação não só formal, mas também material.

Eis o ponto que se pretende destacar: a inadequação desse entendimento frente àquele sustentado pelos órgãos de proteção de direitos humanos internacionais e a possibilidade de responsabilização.

## **1. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PÓS CRFB/88**

Resultado de um amplo processo de redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar, com a Constituição de 1988 pode-se

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

afirmar que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, os direitos fundamentais foram tratados com a merecida relevância.

Fruto de um desenvolvimento histórico, nossa carta maior estatuiu um rol de direitos e garantias fundamentais os quais não permaneceram somente da esfera da declaração dos direitos a serem tutelados pelo Estado, mas também foram propostos mecanismos para se buscar a efetivação de tais direitos. Dentre eles temos, por exemplo, o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º), a previsão do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º), das novas ações para o controle de constitucionalidade (art. 102, parágrafo 1º), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), a constitucionalização da ação civil pública como mecanismo a assegurar a realização de políticas públicas (art. 129, inciso III) e, por fim, a ampliação da legitimação ativa para controle de constitucionalidade (art. 103).

Como bem diz Paulo Bonavides<sup>5</sup>,

o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto, muito avançou o Estado Social da Carta de 1988.

Nessa linha seguiu a Constituição Federal de outubro de 1988, onde de modo muito claro, os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais através do modelo positivista por meio da sua incorporação às constituições, onde "os direitos naturais e inalienáveis da pessoa

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 373.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”<sup>6</sup>.

Tanto foi assim que com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi incluído o § 3º do art. 5º da CF, onde está dito que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Recorde-se que nesse campo há a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada em 1969, é o instrumento de proteção de direitos humanos de maior importância em território americano e para assegurar sua implementação nos Estados membros foram estabelecidos dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>7</sup>

A Convenção tem por objetivo reconhecer diversos direitos civis e políticos e assegura aos Estados partes deveres negativos e positivos em razão de que os mesmos não devem somente não violar esses direitos, mas adotar as medidas necessárias para protegê-los<sup>8</sup>.

A partir da sua adesão à Convenção Americana e do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, o Estado brasileiro se dispôs a não somente acatar as normas apresentadas pelo sistema interamericano; desde logo, assumiu a responsabilidade de fornecer mecanismos

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, p. 90.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, p. 90.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

processuais com a finalidade de resguardar os direitos humanos fundamentais.<sup>9</sup>

O Brasil reconheceu a competência da Corte em 10 de dezembro de 1998, e restou claro na sua declaração que a mesma teria competência para os fatos que ocorreram ou persistiram em ocorrer após o reconhecimento. Para todos os efeitos, a corte não poderia aplicar a convenção e alegar violação de direitos anteriores a esta data em respeito ao princípio da irretroatividade.

Por tudo isso, percebe-se uma inegável adesão ao modelo de constitucionalismo garantista defendido por Luigi Ferrajoli<sup>10</sup>, operando-se uma evolução da democracia liberal que descobre o paradigma da democracia constitucional, tendo como seus principais efeitos a compreensão da constituição não só como um limitador dos poderes públicos, mas também como norma dirigida a assegurar direitos fundamentais.

## **2. A TEORIA GERAL DO GARANTISMO E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

A partir da segunda metade do século XX, é possível identificar duas transformações paralelas e semelhantes que se deram em campos diversos, mas que inegavelmente influenciaram não só o modo de compreensão do Direito, mas também as funções reservadas ao Estado contemporâneo. A primeira ocorreu na Filosofia do Direito, que admitiu a existência de um novo momento, o “pós-positivismo”, cuja essência reside no reconhecimento de que há um novo paradigma a merecer atenção, o

---

<sup>9</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.** Curitiba. p. 100.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008. p. 28.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

paradigma constitucional, o qual tem como marca fundamental a superação do mero legalismo. A segunda ocorreu na Teoria do Estado. Nela, em lugar de um Estado de Direito e da centralidade do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito vigente, surge um Estado Constitucional de Direito, que se apresenta como superação do primeiro.

A mudança reside na crescente importância das constituições contemporâneas, nelas destacadas duas características fundamentais: supremacia e rigidez. Esses documentos tornam-se os elementos centrais da nova formulação, que requer instrumentos aptos para a realização dos direitos fundamentais, categoria que se apresenta como elemento central desse novo momento.

A prática de declarar direitos em cartas constitucionais, ação iniciada com as revoluções liberais – especialmente a francesa no século XVIII, ganha força com esses movimentos. Nasce a esperança de que, transformadas as aspirações sociais em direitos fundamentais, e estes, por sua vez, colocados a salvo em Constituições protegidas das maiorias eventuais, ter-se-ia proteção suficiente para criar uma sociedade livre das barbáries ocorridas ao longo dos anos.

Constatou-se, porém, sua insuficiência, já que a dificuldade atual está localizada não mais no reconhecimento de direitos e na sua declaração, mas sim “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer ou inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”.<sup>11</sup>

O jurista italiano, Luigi Ferrajoli, expôs a construção de suas ideias inicialmente em *Diritto e Ragione*, obra publicada na Itália em 1989 e

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 338.

traduzida para o espanhol em 1995 A pretensão de Ferrajoli é construir uma “teoria geral do Garantismo”, razão pela qual dedica os dois últimos capítulos de sua obra a tratar do assunto. Na base de seu pensamento, há a identificação de três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade.

A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. Seu resultado imediato é a ilegalidade do poder. Um reflexo dessa situação pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas (política, economia, administração pública etc.)<sup>12</sup>.

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se antes a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta.

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. ed. 2. Madrid, Espanha: Trotta, 2001. p. 15.

A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas. Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo, ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito.

No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que, por trás de todas elas, está presente uma crise da legalidade, ou seja, do princípio da legalidade na sua versão mais pura e naquilo que tem de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais. Sua ausência gera a ilegalidade do poder e formas neoabsolutistas de exercício do poder público “carentes de limites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”.<sup>13</sup>

A esse respeito pode ser dito ainda que – como se trata de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele – não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas.<sup>14</sup>

Sustenta sim, a partir de uma concepção negativa do exercício do poder, vez que reconhece que há sempre presente um potencial abuso, que sua

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. ed. 2. Madrid, Espanha: Trotta, 2001. p. 17.

<sup>14</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado. O Garantismo se opõe de modo veemente “al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la Democracia sustancial y, frente al segundo, El principio de legalidad; en definitiva, El gobierno sub leges (mera legalidad) y per leges (estricta legalidad)”.<sup>15</sup>

Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa, até porque “solo este modelo político incorpora um riguroso ‘principio de estricta legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a limites formales, sino también a los limites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales”.<sup>16</sup>

A partir daí, Ferrajoli propõe o significado da palavra "Garantismo" em três concepções diversas, suscetíveis de ser trasladadas para todos os campos do conhecimento jurídico.

A primeira delas decorre do entendimento de Garantismo como um modelo normativo de Direito, já que é justamente a partir do Direito Penal que a palavra representa a ideia de estricta legalidade, própria do Estado de Direito; a segunda representa a aceção do termo Garantismo como uma teoria jurídica da validade e da efetividade, consideradas categorias distintas entre si, e também da vigência ou existência das normas. Nesse caso, a

---

<sup>15</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 22.

<sup>16</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y Garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

palavra Garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser do dever ser do Direito, além de propor como questão central a divergência existente – nos ordenamentos complexos entre:

modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente antigarantistas), interpretándola mediante la antinomia – dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica – que subsiste entre validez (e ineffectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.<sup>17</sup>

Por fim, na terceira forma de compreender Garantismo, a palavra designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma “carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”.<sup>18</sup>

Por todos esses motivos, fica evidente que a ampliação do campo de incidência do Garantismo jurídico é perfeitamente possível, já que a similitude de questões a ser superadas do antigo Estado de Direito e a construção de estruturas para a plena vigência do Estado Constitucional de Direito, assim apontam. Some-se a isso a identidade estrutural entre os diversos sistemas presentes no ordenamento jurídico, elemento que torna possível a ampliação dessas estruturas para os mais diversos campos do Direito que, na atualidade, passam pelos mesmos problemas.

### **3. AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELA INTRODUÇÃO DO GARANTISMO JURÍDICO EM UM MODELO DE POSITIVISMO CLÁSSICO: AS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA**

A apresentação das mudanças trazidas pelo novo modelo de Garantismo leva necessariamente a um confronto direto com a concepção de Direito

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 85

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 85

sustentada pelo positivismo clássico, diferença essa que pode ser percebida nos seguintes planos: 1) no plano da Teoria do Direito, em que se faz necessária uma revisão da concepção de validade das normas jurídicas, que decorre da diferenciação que é feita entre validade e vigência; 2) no plano da teoria política, já que agora se postula o reconhecimento da dimensão substancial da Democracia, não sendo mais suficiente apenas sua compreensão no plano formal; 3) no plano da teoria da interpretação e da aplicação da lei, vez que agora se impõe ao juiz uma nova postura, com a redefinição do seu papel, e, ainda, das condições para que se dê sua vinculação; e, 4) no plano da ciência jurídica, que se afasta de uma postura meramente descritiva do sistema, para assumir uma postura crítica em relação ao seu objeto.

Sem desconsiderar a importância de todas as modificações acima descritas, a que se sobressai no momento diz respeito a relação entre garantismo e democracia, já que dela é possível extrair um aspecto até então encoberto ou desconhecido da Democracia, que é a sua dimensão substancial, já que de um olhar para a Democracia que servia apenas para ditar procedimentos de coleta da vontade popular, passa-se a perceber a existência de outro aspecto em relação a ela, agora voltado para a garantia de direitos não só da maioria, mas também da minoria, vez que seu reconhecimento impede que a primeira anule ou aniquile os direitos da segunda, sem qualquer possibilidade de existência de uma onipotência da primeira, o que resulta de uma compreensão de Democracia plebiscitária ou majoritária.

E é justamente em oposição a essa compreensão limitada de Democracia que Ferrajoli aponta a existência de uma Democracia constitucional, a qual se contrapõe a uma Democracia legitimada unicamente pela vontade da

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

maioria que desqualifica os limites impostos ao poder executivo, tido como um poder absoluto no modelo paleopositivista de Estado de Direito.<sup>19</sup>

A esse pensamento se opõe a moderna concepção de Constituição, já que reduz (ou elimina) sua principal função por meio da imposição de limites ao poder. Para Ferrajoli, a essência do constitucionalismo e do Garantismo – e da Democracia constitucional

reside precisamente en el conjunto de limites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la Democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de limites de forma y de sustância a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones.<sup>20</sup>

Nesse novo modelo, o Estado constitucional está submetido ao Direito, tanto quando os demais poderes do Estado, o que se dá em função da supremacia constitucional, elemento que se apresenta como uma das grandes novidades nos sistemas políticos do pós-guerra. Dá-se o surgimento de um novo paradigma que passa a informar todo o Direito, redefinindo sua função dentro do sistema social, o qual pode ser mais bem compreendido se observado que é a partir do fim da Segunda Guerra mundial – quando o homem percebe que sua capacidade de destruição é superior a sua capacidade de construção – que se dá o seu surgimento. É justamente ali que se veem os malefícios que podem ser causados pela maioria diante da ausência de limites a ela e, ainda, que o consenso das massas não pode ser a única fonte de legitimação do poder.<sup>21</sup> Há uma redescoberta das constituições com uma leitura mais ampla do artigo 16 da

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo y Democracia**. CARBONELL, Miguel (Org.) Madrid: Trotta, 2008. p. 25

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo y Democracia**. CARBONELL, Miguel (Org.) Madrid: Trotta, 2008. p. 27.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo y Democracia**. CARBONELL, Miguel (Org.) Madrid: Trotta, 2008. p. 28.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que estava dito que só tinha Constituição a sociedade que garantisse direitos e separasse poderes.

A tudo isso se agrega um novo elemento: a rigidez constitucional, elemento que se apresenta com a concepção hierarquizada do sistema jurídico – de onde decorre a supremacia do texto constitucional – e que resulta, conforme Ferrajoli:

en la sujeición al derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo, em el plano del derecho interno y también el del derecho internacional: su sujeición, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, y ante todo a los derechos fundamentales, establecidos tanto em las constituciones estatales como en ese embrión de constitución mundial constituido por la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración universal de los derechos humanos.<sup>22</sup>

Esse novo elemento faz com que o momento de elaboração de uma Constituição seja um momento especial, único. Com isso, retira-se da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, e asseguram-se os direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para travar o poder, foi também inserido pela necessidade de legitimação desse mesmo poder.<sup>23</sup>

Há uma constitucionalização da ordem jurídica, que pode ser identificada com as chamadas “sete condições de constitucionalização” já mencionadas, que é preciso repetir: 1) rigidez constitucional, de modo que qualquer

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008. P. 29.

<sup>23</sup> CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** ed. 7. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

reforma do texto maior somente poderá se dar através de um processo mais agravado do que aquele utilizado para a aprovação, modificação ou revogação das leis ordinárias; 2) controle de constitucionalidade, decorrente da rigidez e da supremacia da Constituição, que funciona como mecanismo de proteção da autoridade do texto fundamental, ao prever modos de retirar do sistema o que lhe for contrário; 3) força vinculante da Constituição, já que não se pode admitir que um texto com essa importância deixe de gerar obrigação aos cidadãos e ao poder público, até porque “al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria” (PEÑA FREIRE, 2004, p. 34); 4) A adoção de uma interpretação extensiva da Constituição, ou seja, uma compreensão da Constituição de modo a extrair também as normas implícitas nela inseridas; 5) Aplicação direta das normas constitucionais, o que impõe a compreensão de que se trata de um documento que – em lugar de estar no topo do ordenamento jurídico – também pode ser visto no centro de uma estrutura de onde irradia toda sua força normativa; 6) Interpretação das leis ordinárias conforme a Constituição, o que significa levar a extremos o controle de constitucionalidade, incorporando as modernas técnicas de fiscalização da constitucionalidade das leis, alçando, inclusive, as variações de interpretação das normas fora do texto maior; e, por fim, 7) Influência da Constituição nas relações políticas, o que decorre diretamente da aceitação do documento perante a comunidade em geral.<sup>24</sup>

De todas as mencionadas, não há dúvida de que as duas primeiras são essenciais e fundamentais nesse processo, já que são justamente elas que determinam a colocação da Constituição em um novo espaço que a

---

<sup>24</sup> GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 50-58.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

diferencia daquele que lhe era reservado no antigo Estado Paleopositivista de Direito. Com isso, tem-se uma Constituição resultante da compreensão de que com ela esse espaço servirá como um elemento de superação da debilidade estrutural presente no antigo Estado de Direito.

Afirma-se o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo.<sup>25</sup>

Nesse passo, torna-se explícita a compreensão de que os direitos fundamentais constituem a base da igualdade moderna, igualdade em direitos que evidencia duas características estruturais que diferenciam essa categoria de direitos de todas as demais.

#### **4. O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CIDH PELO STF**

Em outubro de 2008, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, discutindo-se a constitucionalidade da Lei 6683/79 (a chamada "Lei da Anistia") ante a Constituição de 1988. Pugnava-se pela interpretação dos referidos dispositivos em conformidade com a Constituição Federal, fundamentando-se a ação em diversos fatores<sup>26</sup>. Dentre eles pode-se destacar a falta de relação entre os crimes políticos e os de lesa-humanidade e o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual rejeita toda e

---

<sup>25</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 20.

<sup>26</sup> E-GOV. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/adpf-153-lei-de-anistia-ante-o-supremo-tribunal-federal-uma-vis%C3%A3o-constitucional-penal-e-in>. Acesso em: 09 fev 2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

qualquer norma jurídica que possa tentar ofuscar os acontecimentos ocorridos durante os regimes de exceção<sup>27</sup>.

É de notório conhecimento que, as decisões da Corte Interamericana tem se mostrado cada vez mais zelosas e fiéis aos princípios da responsabilidade internacional do Estado; ao exemplo da condenação do Uruguai pela edição da lei de reconciliação nacional que atentaria contra o dever de investigar e punir os que cometeram violações dos direitos humanos. Além do mais, foi recomendado ao Estado uruguaio que adotasse todas as medidas necessárias para encontrar a verdade dos fatos e identificar os devidos autores das violações.<sup>28</sup>

Em outro caso, *Barrios Altos Vs. Peru*<sup>29</sup>, a Corte constatou que as leis de anistia adotadas pelo governo de Fujimori infringiram os direitos de acesso à justiça dos parentes das vítimas, o direito ao devido processo legal e o dever do Estado em garantir os direitos humanos através da punição dos responsáveis pelas violações. Neste caso, foi determinado ao governo peruano que investigasse, processasse e punisse os responsáveis, até então “anistiados” pelas violações cometidas.<sup>30</sup>

Entre nós, o caso mais conhecido é o da *Guerrilha do Araguaia Vs. Brasil*<sup>31</sup>, o primeiro referente aos crimes cometidos na ditadura militar a chegar à Corte Interamericana. Na época do regime militar, jovens e camponeses da

---

<sup>27</sup> E-GOV. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/adpf-153-lei-de-anistia-ante-o-supremo-tribunal-federal-uma-vis%C3%A3o-constitucional-penal-e-in>. Acesso em: 09 fev 2014.

<sup>28</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 306.

<sup>29</sup> Massacre cometido por um destacamento militar das Forças Armadas peruanas que matou 15 pessoas ao redor de Lima, à mando do ex-presidente Alberto Fujimori.

<sup>30</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 309.

<sup>31</sup> Movimento guerrilheiro existente às margens do Rio Araguaia cujo objetivo era fomentar uma revolução socialista, o qual foi combatida pelo exército brasileiro ocasionando a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento de 70 pessoas.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

região do rio Araguaia, sob a organização do Partido Comunista do Brasil, formaram um levante com a intenção de fomentar um exército para uma revolução socialista. Em 1972 as Forças Armadas iniciaram um processo de repressão ao movimento, e cada guerrilheiro capturado era torturado, executado sumariamente. Todas as operações militares realizadas na época ocorreram de maneira sigilosa e somente no ano de 2004 é que foram encontrados alguns documentos comprovando a existência da guerrilha e as fichas de alguns dos mortos.<sup>32</sup>

No julgamento ocorrido em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>33</sup> entendeu que:

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

Igualmente, a Corte responsabilizou internacionalmente o Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado das vítimas, pela falta de investigação dos fatos; bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em

---

<sup>32</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") VS Brasil.** Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por). Acesso em: 28 maio. 2012. p. 3-4.

<sup>33</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") VS Brasil.** Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por). Acesso em: 15 fev. 2012. p. 114.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas, dentre outros direitos violados.<sup>34</sup>

O Brasil reconheceu a competência da Corte em 10 de dezembro de 1998, e restou claro na sua declaração que a mesma teria competência para os fatos que ocorreram ou persistiram em ocorrer após o reconhecimento. Para todos os efeitos, a corte não poderia aplicar a convenção e alegar violação de direitos anteriores a esta data em respeito ao princípio da irretroatividade. Entretanto, este não foi o entendimento da Corte na tese semelhante apresentada pelo Estado da Guatemala em sua defesa no caso *Blake Vs. Guatemala*.<sup>35</sup>

A Corte não aceitou tal defesa preliminar em virtude de que não se tratou de violação ao direito à vida do Sr. Blake, mas sim, à violação de seus direitos e liberdades resguardados pela Convenção. Logo, essas violações perduram-se no tempo, sendo que a lógica do *Caso Blake* pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no documento de reconhecimento da jurisdição da Corte.<sup>36</sup>

Entretanto, em razão da lei da anistia sancionada em 1979, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações, tendo em vista a referida lei absolver irrestritamente todos os que participaram do processo do golpe e da manutenção do regime ditatorial, como também os acusados de crimes políticos e conexos. Sendo assim, a obrigação internacional que surgiu a partir da violação dos direitos

---

<sup>34</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") VS Brasil.** Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por). Acesso em: 15 fev 2012. p. 115.

<sup>35</sup> O Estado guatemalteco foi considerado responsável pelo assassinato e desaparecimento dos fotógrafos norte-americanos Nicholas Chapman Blake e Griffith Davis, supostamente à mando do Exército da Guatemala.

<sup>36</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos.** p. 310.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

humanos, de investigar e punir, foi deixada de lado pela própria legislação nacional.<sup>37</sup>

No sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte, são reiterados os pronunciamentos com relação à incompatibilidade da Lei da Anistia e de outras medidas legislativas correlatas serem usadas como “desculpas” para não se investigar e punir agentes de Estado responsáveis por graves violações da Convenção ou da Declaração Americana. No âmbito universal, o Alto Comissariado das Nações Unidas<sup>38</sup> concluiu que:

as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação aprofundada dos fatos, e são, portanto, incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados, em virtude de diversas fontes de Direito Internacional.

Do mesmo modo, foi enfatizado na Declaração de Programas e Ação da Conferência de Direitos Humanos realizada em Viena que os Estados “devem revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, [...] e castigar as violações”.<sup>39</sup>

Pois bem. Em que pese isso, não foi esta a posição escolhida pelo Supremo Tribunal Federal. No ano de 2010, na votação da ADPF 153, com apenas dois votos vencidos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela sua maioria pela manutenção da Lei da Anistia<sup>40</sup>, decisões esta que se mostra em total

---

<sup>37</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 305.

<sup>38</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS Brasil**. Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf) Acesso em: 15 fev.2012. p. 56.

<sup>39</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS Brasil**. Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por..](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por..) Acesso em: 15 fev. 2012. p. 56.

<sup>40</sup> STF. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 Distrito Federal**. Disponível em 952

antagonismo aos princípios elencados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Contra ela diversos posicionamentos contrários, os quais afirmaram a uma só voz que “quando o Supremo Tribunal Federal (STF) referendou a interpretação de que a Lei da Anistia beneficiou também os agentes de Estados acusados de violações de direitos humanos, ele optou por consagrar os limites impostos pela ditadura à transição democrática.”<sup>41</sup>

Ora, desde sua adesão à CIDH, o Estado brasileiro ficou ciente de que assumia a responsabilidade de fornecer mecanismos necessários para que os direitos humanos, resguardados em âmbito internacional, viessem a ser respeitados dentro de sua nação. Contudo, não foi o que ocorreu no caso do julgamento em tela, já que todos os direitos violados durante o período de exceção acabaram impunes no espaço do direito interno com a proclamação da constitucionalidade da lei da anistia e sua inaplicabilidade aos crimes então praticados.

O Poder Judiciário, que teve a oportunidade de reverter tal situação, aplicar os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e consentir com a decisão da Corte no caso “Guerrilha do Araguaia”, caminhou em sentido contrário: optou por consagrar os limites impostos pela ditadura à transição democrática.<sup>42</sup>

Consequentemente, a incoerência da decisão do Supremo Tribunal Federal em desacordo ao cariz garantista da Constituição Federativa de 1988 fez com o que Estado brasileiro ignorasse uma recomendação internacional e

---

[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf) . Acesso em: 15 mai 2012. p. 27.

<sup>41</sup> AMAGIS. **Associação dos Magistrados Mineiros**. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100556463/poder-judiciario-e-refratario-ao-direito-internacional-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 09 fev 2014.

<sup>42</sup> AMAGIS. **Associação dos Magistrados Mineiros**. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100556463/poder-judiciario-e-refratario-ao-direito-internacional-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 09 fev 2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

adiasse, mais uma vez o avanço a um passo significativo na construção de um efetivo Estado Constitucional de Direito.

## **5. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Perante o Direito Internacional, um Estado é responsabilizado quando este viola uma obrigação internacional, infringindo esta norma. Portanto, o Estado é internacionalmente responsável por todo e qualquer ato ou omissão que lhe for imputado e do qual venha resultar a transgressão de um preceito jurídico internacional ou de suas obrigações internacionais.<sup>43</sup> Por conseguinte, o Estado contratante de um tratado de Direitos Humanos assume várias obrigações com os indivíduos que estão sob sua jurisdição, independente de sua nacionalidade.<sup>44</sup>

Diferentes dos tratados que oferecem vantagens mútuas aos Estados contratantes, os tratados que versam acerca dos direitos humanos obrigam os Estados contratantes a respeitar os direitos humanos sem que haja qualquer contraprestação a eles devida. Com efeito, estes tratados estabelecem obrigações objetivas, cujo objeto fim e sua finalidade são a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Tal particularidade faz com que essas normas internacionais possuam natureza objetiva, o que implica em reconhecer que a sua interpretação não ocorre em favor de seus contratantes (Estados), mas sim em prol dos indivíduos.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 136.

<sup>44</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 136.

<sup>45</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 36.

Compete ressaltar que o não cumprimento dos tratados gerará consequências tão somente para os Estados contratantes; e é inadmissível o não cumprimento do tratado em razão de outro Estado estar o desrespeitando, porquanto que a obrigação é para com a comunidade internacional e não para com os outros Estados membros.<sup>46</sup>

Com o objetivo de superar o conflito existente entre condutas contraditórias de um Estado (a aceitação de uma determinada obrigação e depois seu descumprimento), tem-se a partir da responsabilidade internacional o nascimento de novas relações jurídicas. Neste ponto, a doutrina divide-se em três correntes.<sup>47</sup>

A corrente clássica defende a ideia de que a responsabilidade internacional gera uma nova relação jurídica entre o Estado infrator e o estado lesado, relação esta de cunho reparatório. Já a segunda corrente, defendida por Kelsen, vê a ordem jurídica como um instrumento de coerção, pelo qual o estado lesado está autorizado pelo direito internacional a utilizar medidas de coerção contra o Estado infrator para que esta cumpra a obrigação violada. Para tanto, a terceira corrente defendida perante a Comissão de Direito Internacional faz uma síntese das duas primeiras. Para esta corrente, a violação faz nascer mais de uma nova relação jurídica, as quais podem apresentar caráter reparatório, coercitivo e punitivo.<sup>48</sup>

Nestes moldes, afirma André de Carvalho Ramos<sup>49</sup> que “podem ser tomadas medidas de coerção para que o Estado ofensor seja coagido a reparar o

---

<sup>46</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 138.

<sup>47</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 81.

<sup>48</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 81-82.

<sup>49</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 83.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

dano ou podem ser tomadas medidas de execução forçada, de caráter substitutivo”. Mais adiante o mesmo afirma que, “podem Estados-terceiros serem legitimados a efetuar tais medidas contra o Estado violador, observadas certas condições”.

Em virtude do tema de proteção dos direitos humanos revelar uma questão de real interesse internacional, não deve ser somente tratado e reduzido ao âmbito interno de um Estado. A necessidade da existência de uma mobilidade com âmbito internacional para a proteção dos direitos humanos ocasionou no surgimento do processo de internacionalização desses direitos, acarretando na criação de normas específicas com abrangência internacional, tornando possível a responsabilização de um Estado quando os preceitos nacionais se mostrarem incapazes de proteger efetivamente os direitos humanos.<sup>50</sup>

O direito internacional dos direitos humanos possui natureza subsidiária ao ordenamento jurídico dos Estados. Na ocorrência do amparo aos direitos humanos não terem sido observados no âmbito interno do Estado, os sistemas internacionais de proteção poderão ser acionados, oferecendo aos cidadãos uma garantia a mais de reparação de seus direitos.<sup>51</sup>

Entretanto, na ocorrência de inadequação destes recursos, o Estado deverá responder duplamente: primeiro pela violação dos próprios direitos, como também por não prover ao indivíduo mecanismos de utilizar-se de recursos internos capazes de reparar o dano causado.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 177.

<sup>51</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

<sup>52</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. p. 216.

Portanto, na ausência de amparo aos direitos humanos em norma interna, caberá ao organismo internacional identificar a responsabilidade cabível ao Estado transgressor das obrigações internacionais, bem como meios necessários para evitar que a violação ocorra novamente; a exemplo da reparação.

Atualmente existe um desafio para o sistema interamericano de proteção que precisa ser imediatamente solucionado. É necessária, para a total eficácia do sistema, a descoberta de medidas eficazes para o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana no âmbito interno de cada nação, hoje existente apenas em Colômbia, Peru, Honduras e Costa Rica. Nos demais países do continente americano, incluindo o Brasil, ainda impera o casuísmo e a improvisação<sup>53</sup>.

A necessidade de adequação de modo rápido da legislação interna aos preceitos da Convenção facilitaria a implementação das decisões da Corte em âmbito doméstico. Todavia, entre os principais desafios a serem encarados pelo Brasil está a maneira com que é tratada pelos próprios legisladores nacionais a natureza dos compromissos externos firmados pelo país que ainda preocupa, ao exemplo da Lei de Anistia, ratificada em contrariedade às normas internacionais<sup>54</sup>.

A reparação do dano é considerada a maior consequência das violações aos direitos das vítimas. Portanto, ao constituir-se um fato ilícito imputável,

---

<sup>53</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.** p. 186.

<sup>54</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.** p. 187.

surge ao Estado a responsabilidade internacional de reparar o dano e de fazer cessar as consequências dessa violação<sup>55</sup>.

A respeito, Roberto Lima Santos<sup>56</sup> preleciona que os danos causados pelas violações apresentam uma dupla dimensão: primeiro possui uma dimensão individual onde os danos atingem a vítima e seu seus familiares e depois apresenta uma dimensão coletiva, onde a sociedade como um todo é afligida pelo próprio dano.

Em proveito da coletividade, a responsabilidade passa a ser substituída pela reparação a fim de evitar que essas violações voltem a ser praticadas. Por esta razão, ainda que a Lei da Anistia pudesse apagar o crime ou a sanção penal, a mesma não deveria interferir na reparação civil, salvo se o Estado assumisse a obrigação.

Para a jurisprudência da CIDH o conceito de vítima teve que ser generalizado, a exemplo do caso Blake Vs. Guatemala, em que se reconheceu a condição de vítimas aos familiares do desaparecido Nicolas Blake, declarando que os familiares eram as próprias vítimas em razão de não terem suas garantias judiciais resguardadas<sup>57</sup>.

Essas considerações são relevantes para o presente artigo em razão de que para os casos de desaparecimentos forçados ocasionados durante a ditadura, poderá a Corte indenizar os familiares das vítimas por direito próprio ou sucessório, a exemplo do caso Goiburú Vs. Paraguai. Nesse caso

---

<sup>55</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 199.

<sup>56</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 200.

<sup>57</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 203.

semelhante, o Estado paraguaio foi declarado responsável pela tortura e desaparecimento forçado de Agustín Goiburú Gimenez, Carlos José Mancuello Bareiro e dos irmãos Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalb em prejuízo dos familiares das vítimas. No referido ocorrido, a CIDH considerou como parte prejudicada os próprios familiares, os quais foram considerados credores das reparações de dano moral e material a serem fixadas<sup>58</sup>.

Tomando-se como referência os casos citados, na situação hipotética de que se o Brasil fosse responsabilizado internacionalmente pelos crimes que violaram os direitos humanos na época da ditadura militar, poderiam ser beneficiados através das reparações os próprios sobreviventes (no caso de existir), bem como os familiares das vítimas das violações aos seus direitos próprios, como também em caráter de seus direitos sucessórios, provenientes das vítimas que se encontrarem mortas ou desaparecidas<sup>59</sup>.

A teoria contemporânea sobre a responsabilidade do Estado tem rejeitado o uso das sanções como instrumento de punição, mas enfatiza o seu papel educativo ao coagir o Estado infrator a reparar os danos causados, e ao papel preventivo de desencorajá-lo a repetir as infrações em desacordo com a norma internacional.<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 207.

<sup>59</sup> SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. p. 209.

<sup>60</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. p. 105.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Desde o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil tem a obrigação de cumprir integralmente as sentenças determinadas<sup>61</sup>.

No entanto, o que verificou-se foram as implicações da Lei de Anistia continuarem a perpetuar os seus efeitos mesmo após uma condenação de uma Corte internacional, a qual, como não se havia visto antes (no cenário americano do quadro de direitos humanos) teve sua decisão refutada pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro: O Supremo Tribunal Federal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se procurou demonstrar, ao promulgar sua constituição em outubro de 1988, o Brasil se inseriu entre os países que adotam o constitucionalismo garantista sustentado por Luigi Ferrajoli. Afinal, trata-se de um documento que – além de manter todos os postulados do liberalismo político – coloca em relevo os direitos fundamentais. E aqui um aspecto importante: com a consciência de que não basta declarar direitos. É preciso também prever mecanismos, instrumentos, que efetivamente assegurem a fruição desses direitos constitucionalmente assegurados.

Além disso, há a necessária conexão com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, vez que – com a existência de conflitos dos mais diversos – é preciso que o Estado tenha mecanismos de proteção em casos de violações que extrapolem suas fronteiras

Nesse cenário é que exurge contraditória a decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, a qual discutiu a aplicação da Lei 6683/79, a chamada Lei da Anistia.

---

<sup>61</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.** p. 167.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentadas demonstram que o Brasil é o único Estado da América do Sul que ignorou uma sentença da Corte Interamericana e fez prevalecer uma norma interna (ratificada pela sua Suprema Corte) que contribui para a impunidade.

Trata-se de uma afronta aos princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que pode acarretar medidas de coerção para que o Estado venha reparar o dano causado às vítimas.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

AMAGIS. **Associação dos Magistrados Mineiros**. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100556463/poder-judiciario-e-refratario-ao-direito-internacional-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 09 fev 2014.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 462.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Lei 6683/79**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em 09 fev. 2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** ed. 7. Coimbra: Almedina, 2003.

CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf) Acesso em: 09 fev.2014. p. 56.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 85

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. ed. 2. Madrid, Espanha: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **Garantismo y Democracia**. CARBONELL, Miguel (Org.) Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. La teoría general del Garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo:**

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

**Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** Madrid: Trotta, 2005.

GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

PETTA, Nicolina Luiza de; OJEDA, Eduardo Aparicio Baez. **História: uma abordagem integrada**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 177.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y Garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)**. 25 de setembro de 2009. 250 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**. Madrid: Trotta, 1999.

STF. **Superior Tribunal Federal**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 Distrito Federal. Disponível em

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf). Acesso em: 09 fev 2014. p. 27.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 446.

Submetido em: Maio de 2016.

Aprovado em: Julho de 2016.