

DIREITO E POLÍTICA: O CASO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

LAW AND POLITICS:
BRAZIL'S AMNESTY LAW

BRENDA MARIA RAMOS
ARAÚJO¹

RESUMO: Este estudo analisa as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso da Guerrilha do Araguaia e a decisão do STF na ADPF n. 153, demonstrando a influência da relação direito e política na argumentação jurídica de cada tribunal. Após introduzir conceitos fundamentais da separação entre Direito Internacional e política, examinam-se trechos das decisões mencionadas com vistas a aplicar a teoria do Koskenniemi sobre a argumentação jurídica nos casos escolhidos. O estudo objetiva reavivar as discussões sobre a

relação necessária entre estas duas disciplinas: o Direito Internacional e a ciência política.

PALAVRAS-CHAVE: política; Direito Internacional; Direitos Humanos; lei de anistia brasileira; Guerrilha do Araguaia.

ABSTRACT: This study analyzes the decision of the Inter-American Court of Human Rights about the Araguaia Guerrilla case and the decision of the Brazilian Supreme Court in the ADPF n.153, showing the influence of the relationship Law-Politics in the legal argumentation of each court. After fundamental concepts of the separation of International Law and politics are introduced, sections of the decisions are examined to enable the application of Koskenniemi's theory about legal argumentation in the cases chosen. The study objective is to renew the discussions about the fundamental relationship between these two disciplines: International Law and Political Science.

KEYWORDS: politics, International Law, Human Rights, Brazil's amnesty law, Araguaia Guerilla.

1. INTRODUÇÃO

¹ Profa. Substituta de DIP da FND-UFRJ Mestre em direito internacional pela UERJ. Pesquisadora do NIDH.

O Direito Internacional é um espaço aberto a debates morais ou filosóficos. Suas instituições são permeadas por discussões do que é politicamente justo ou injusto. O pensamento jurídico abstrato e o engajamento político estão sempre juntos. Assim, algumas discussões sobre conceitos jurídicos podem ocorrer, ao mesmo tempo, em parlamentos, tribunais de justiça e ministérios de relações exteriores.

A grande abstração dos conceitos jurídicos cria oportunidades para debates morais. Ideais humanitários ou de justiça podem ser utilizados para justificar ou para condenar uma ação específica com o auxílio do Direito Internacional¹. Como não há um parlamento universal, a aplicação de ideais morais a leis abstratas é ainda mais difícil no âmbito internacional². Sem ter uma cultura única por base o aplicador e o criador do Direito Internacional passam por um caminho sinuoso até a construção de um conceito objetivo. Assim, apesar de ambos serem contrários a invasões, a Rússia e os Estados Unidos discutem a questão da Criméia; e, apesar destes dois países serem favoráveis a manutenção da paz, Israel e Palestina não conseguem terminar seu conflito territorial.

Essa contradição e abstração é necessária, em um primeiro momento, para o estabelecimento de regulamentações sobre temáticas novas. Os grandes tratados de regimes internacionais, como o Direito Comercial, o Direito dos Direitos Humanos, o Direito Ambiental, para conseguir a aderência de diversas culturas, formulam conceitos muito abstratos, que acabam permitindo diversas ações concretas. O que essas grandes

¹ “International law revels in conflict. Legal advisors use it to argue cases before tribunals such as the International Court of Justice in The Hague or the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg. Diplomats strategise about it in bilateral relations and at meetings of international institutions. Politicians invoke it to defend their policies or to attack their adversaries in public speeches and declarations, newspaper articles, pamphlets and manifestos. Even academics find it useful as an instrument to defend or challenge particular forms of international behaviour and to engage in controversies about institutional reforms. But it also carries large ideas about peace, social justice, human freedom and rational management.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.47 e 48

² Essa dificuldade também existe no âmbito interno: “No legal system, least of all international law, is a homogeneous bloc in which abstract ideas turn into concrete action an automatic way. The indeterminacy of notions such as ‘peace’, ‘security’, ‘human rights’, ‘humanitarian action’, ‘sustainable development’ renders them fertile ground for controversy.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.48

normativas gerais significam de fato acaba sendo revelado por uma construção jurídica e política, ao longo do tempo, que não é de fácil explicação³.

Essa situação conflituosa é, hodiernamente, bem exemplificada na área dos Direitos Humanos. Após ter adquirido posição incontestável de importância na esfera internacional, os Direitos Humanos passaram a ser utilizados para justificar todas as ações internacionais, mesmo quando conflitantes. Nesse sentido, por questões humanitárias, países como os Estados Unidos defendem uma intervenção militar, na Síria; mas Estados como a Rússia apelam para o auxílio ao governo sírio.

Pela própria característica desses direitos, que são universais, indivisíveis e indisponíveis, é sempre necessário fazer ponderações em sua aplicação. Além disso, devido à grande diversidade da sociedade internacional, muitas vezes é defendida a aplicação da regra da margem de apreciação nacional, como ocorre na Corte Europeia de Direitos Humanos. Por essa razão, conflitos para a definição de normas de Direitos Humanos na esfera internacional são mais complexos do que os internos.

O objetivo geral deste estudo é analisar esse conflito entre normas abstratas e ideais morais no caso Gomes Lund e suas implicações na lei de anistia brasileira. Para tanto, será utilizada a teoria, desenvolvida por Koskenniemi, sobre as relações entre Direito e Política, e os comentários feitos a ela por diversos autores. Será utilizado o método indutivo para, a partir da análise dos casos do STF e da Corte Interamericana sobre a lei de anistia brasileira e em bibliografia sobre o tema, alcançar a comprovação da relação fundamental entre política e direito. A técnica de pesquisa utilizada será exclusivamente bibliográfica.

O trabalho foi organizado em três itens. Em primeiro lugar, será exposta a teoria de Koskenniemi, com base em seu próprio trabalho e em comentários feitos por outros autores. Em segundo, as decisões conflitantes sobre a compatibilidade da lei de anistia

³ “For example, the laws of armed conflict, based on the universally accepted Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977, are acceptable to countries because they are permeated by abstract standards such as ‘proportionality’ and ‘reasonableness’ that indicate a willingness to compromise between civilian and military interests while leaving operational decisions to be worked out between the (military, legal and humanitarian) experts on the ground (Kennedy 2006). The pathways from large ideas to concrete institutional practices are often complex and hard to follow.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.49

brasileira e os Direitos Humanos serão expostas. Por último, será realizada uma tentativa de aplicação dessa teoria no caso brasileiro.

2. AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E POLÍTICA

A diferenciação entre Direito Internacional e política sempre foi tratada como uma necessidade para o estabelecimento de uma identidade para a disciplina jurídica. Nesse sentido, repete-se que o Direito Internacional determina como as pessoas devem agir, enquanto a política apenas descreve como os atores agem. Ao contrário da política, o direito deve ser menos dependente de pensamentos subjetivos sobre como deve ser a ordem entre os Estados⁴. A identidade do Direito Internacional estaria em sua objetividade.

Ocorre que o direito sempre acaba por adentrar em descrições factuais, sem uma maior preocupação com o “dever-ser”, e em prescrições políticas, com grande grau de subjetividade. Assim, defender a identidade do Direito Internacional por sua característica de objetividade é estabelecer uma situação temerária, que sempre estará aberta a contra-argumentos, seja por ser mais descritivo ou seja por ser mais subjetivo.

O objetivo da criação do Direito Internacional, bem como o de qualquer outro direito, é o cumprimento com uma função social. Todo direito limita nossas subjetividades e proporciona soluções para problemas sociais. A necessidade da normatividade e da concretude advêm dessa função. A concretude traz a verificabilidade do direito, e a normatividade exclui tudo que não está contido em suas regras. As duas juntas são capazes de imbuir o direito de objetividade, distinguindo-o da política⁵.

⁴ “The fight for an international Rule of Law is a fight against politics, understood as a matter of furthering subjective desires and leading into an international anarchy. Though some measure of politics is inevitable, it should be constrained by non-political rules.” KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. *European Journal of International Law*, v1, p.4-32, 1990. P.5

⁵ “Organizing society through legal rules is premised on the assumption that these rules are objective in some sense that political ideas, views, or preferences are not. To show that international law is objective - that is, independent from international politics - the legal mind fights a battle on two fronts. On the one hand, it aims to ensure the concreteness of the law by distancing it from theories of natural justice. On the other hand, it aims to guarantee the normativity of the law by creating distance between it and actual state behaviour, will, or interest. Law enjoys independence from politics only if both of these conditions are simultaneously present.” KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. *European Journal of International Law*, v1, p.4-32, 1990. P.7

Tentar assegurar a normatividade do Direito Internacional, ao separar suas prescrições das ações dos atores internacionais, é fundamental para que a ciência não seja apenas uma descrição sociológica. Acontece que se essa separação for levada a extremos, é provável que o direito acabe sendo formado apenas por normas utópicas, que não estão baseadas no que os sujeitos internacionais fazem na prática. Assim, além de ser normativo, o direito precisa ter um certo grau de concretude. Ele deve vincular o Estado, sem ter em consideração seu comportamento; mas deve também poder ser verificado na prática, no cotidiano, por referência ao comportamento dos Estados. O risco de um argumento que ressalta a concretude do Direito Internacional, contudo, é que seu conjunto de normas vire apenas uma forma de legitimar atos políticos.

O DI, como a política internacional, surge da motivação política e subjetiva dos Estados. Apesar de ter seu início na política e diplomacia, presume-se que a lei pode ser diferenciada das mesmas. Ela deve ser vinculante independentemente do comportamento do Estado a qual ela se aplica. Se essa separação não existe, a lei adquire uma natureza política.

O direito também não pode ser completamente independente do comportamento dos Estados, ou não iríamos conseguir determina-lo. Se o direito não estivesse relacionado ao poder e ao fato político, ele seria uma moral natural pré-existente ao comportamento dos Estados. Em seu início, era acreditado que a base do direito estava em uma moral pré-existente. O direito era como uma vontade divina ou um propósito natural. Os autores atuais, porém, não possuem a fé necessária para sustentar essa teoria. O direito virou uma criação artificial, baseada no comportamento concreto dos Estados. Hodiernamente, tentar basear o direito em um propósito natural é visto como uma maneira de tentar impor opiniões políticas subjetivas⁶.

⁶ "If law had no relation to power and political fact, it would be a form of natural morality, a closed normative code which would pre-exist the opinions or interests of individual States. An early scholarship did assume the existence of such a code. For it, the law existed autonomously as divine will or natural purpose and effectively determined what States should will or have a legitimate interest in. But modern scholarship lacks the faith needed to sustain such a code. For it, law is an artificial creation, based on the concrete behaviour, will and interest of States. Attempts to argue on the basis of a natural code are seen as camouflaged attempts to impose the speaker's subjective, political opinions on others." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P. 18

Exige-se que o teórico de Direito Internacional assuma o verdadeiro papel de um equilibrista, pois se ele não pode fazer um argumento mais normativo por risco de ser denominado utópico, também não pode fazer um argumento mais apoiado na concretude. Quando os interesses e as vontades dos Estados mudam, o Direito Internacional deve permanecer vinculante. Assim, ele precisa de um certo grau de autonomia perante o comportamento estatal. O teórico deve saber manter seu bastão ora mais para a normatividade e ora mais para a concretude, evitando cair da estreita linha que separa o Direito Internacional da política.

A dualidade entre normatividade e concretude não é uma novidade. O direito é um instrumento político, produzido por parlamentos, mas é também um sistema de padrões vinculantes, que deve ser cumprido independentemente da vontade de seus destinatários⁷. Ocorre que no Direito Internacional essa definição é menos clara. Os próprios Estados, que criam o direito, acabam sendo também os aplicadores.

Desde de Vattel, utiliza-se a analogia doméstica, que trata os Estados como indivíduos, que pre-existem ao direito e que são vinculados ao direito que eles mesmo criaram⁸. O problema dessa analogia é que os Estados não estabeleceram órgãos de aplicação do direito. Os próprios Estados são, em geral, os responsáveis pela aplicação do Direito Internacional. Assim, a distinção entre legislação e administração fica confusa. Essa fusão afeta a concretude e a normatividade, tornando difícil uma diferenciação entre o Direito Internacional, a política e a moral.

Sem concretude, o direito não teria conexão com a prática, e não seria possível demonstrar as regras de uma forma tangível, sem fazer referências a uma lei natural. Sem

⁷ "This duality is hardly a novelty.⁹ It is expressed in the standard dichotomy of legislation/adjudication as well as those of process/rule, "progressive development"/"codification", for example. The law is both an instrument of policy and a momentary system of binding standards. As Michel Virally points out, the former encapsulates the legislator's point of view while the latter manifests that of the user's or the lawapplier's. Though the law emerges from politics, it also constitutes "un syste`me normatif complet, autonome et auto-regule' ". KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.20

⁸ "The way in which the legal mind distinguishes between international law, politics and natural morality assumes the correctness of the two assumptions behind the liberal theory of politics. Since Vattel, lawyers argue about "States-as-individuals" which pre-exist the law among them and which are bound by the law which they themselves have created. Thus, the "domestic analogy" which, while often expressly adopted, is necessarily entailed by the modern system of international law." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.22

normatividade, não haveria uma diferenciação entre o comportamento dos Estados e o direito. Os Estados não estariam obrigados a cumprir padrões que eles não desejassem. Seria apenas uma justificativa para a política. Assim, os juristas acreditam que o direito deve ser uma relação entre normatividade (leis) e concretude (processo).

Assim, a visão de Kelsen vira uma utopia e a visão sociológica de McDougal vira apenas uma justificativa para atos políticos⁹. Qualquer construção extremista é facilmente destruída por argumentos contrários. Logo, o jurista deve ter uma posição intermediária, que consegue manter a identidade do direito, mas que é ciente do cenário extrajurídico da política, moral e história.

Existem duas formas de ver a ordem e a obrigação no âmbito internacional. Primeiramente, é possível considerar que o código internacional é superior ou anterior ao comportamento estatal (argumento descendente). Segundo, é possível partir da vontade do Estado para explicar as obrigações assumidas (argumento ascendente). São duas visões excludentes. O argumento descendente privilegia a normatividade e o ascendente a concretude. Do ponto de vista cada posição, a outra pode ser considerada como muito subjetiva. Para o ascendente, o descendente não consegue demonstrar o conteúdo de suas normas, é muito utópico. Para o descendente, o ascendente é subjetivo por priorizar a vontade dos Estados perante normas objetivas.

Por existir essa contradição, o discurso jurídico internacional precisa tentar encontrar uma forma de compatibilizar as duas visões. Como resultado, tem-se uma argumentação incoerente, que muda de forma constante de visão e está sempre sujeita a críticas. Essa é a base das dinâmicas do argumento jurídico internacional.

Estabelecer um sistema de controle social, com poderes criadores e aplicadores do direito, é uma tarefa política. Acontece que há sempre o risco de os aplicadores de direito utilizarem seu poder para interesses subjetivos. Para evitar isso, as regras jurídicas precisam ser aplicadas de forma neutra e uniforme. A concretude no nível de criação presume a normatividade no nível da aplicação. As Organizações Internacionais possuem um papel

⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. P. 21

muito importante na separação entre o direito e a política, mas nem sempre conseguem manter seu equilíbrio.

É possível separar em dois grupos os críticos da juridicidade do Direito Internacional: 1-os que afirmam que é um direito muito dependente da política estatal; 2- os que compreendem que ele é fundado em utopias. Para muitos juristas, essas críticas não importam. Por mais que o Direito Internacional seja, em grande parte, político. O sistema de solução de controvérsias é independente de ideologias políticas. Ele é objetivo, capaz de criar soluções justificáveis para problemas normativos. Para serem justificáveis, essas soluções precisam estar previstas na lei. Acontece que em casos difíceis, como o que será analisado neste artigo, o sistema de solução de controvérsias usa de sua discricionariedade para resolver.

3. OS CASOS QUE EXAMINARAM A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Apesar dos casos abordados trazerem tantos pontos interessantes, o presente item fará uma breve descrição dos dois casos apenas nos pontos que interessam para este artigo. O primeiro ocorreu em 2010, com o exame, pelo STF, da ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, sobre o não recebimento do art.1º, §1º da lei 6683/79 pela Constituição Federal de 1988, que concede anistia para crimes conexos aos crimes políticos da época da ditadura. O segundo ocorre no mesmo ano e poucos meses após o primeiro. É o caso da Guerrilha do Araguaia, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que objetiva a investigação e sanção de possíveis culpados pelos acontecimentos nessa guerrilha.

3.1. ADPF 153/2010

O Ministro relator, Eros Grau, em seu voto, considerou que o argumento de que o artigo da lei da anistia ofende a dignidade da pessoa humana não é um argumento jurídico¹⁰.

¹⁰ “Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a história e com o tempo.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por->

proteção dos direitos humanos, não há nada que o Poder Judiciário possa fazer¹⁴. Existem certos atos que não podem ser desfeitos pela simples interpretação judicial.

O Ministro Ricardo Lewandowski permite, em parte, a interpretação da lei para possibilitar a persecução penal de agentes repressores do regime, com base, dentre outras legislações, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma. Para isso, ele utiliza a interpretação do que seria o conceito de crimes comuns conexos aos crimes políticos¹⁵.

Ayres Britto, em seu voto, diferencia a lei da vontade política do legislador. Ressaltando que a lei é criada com base em um anseio subjetivo, mas que deve ser aplicada de forma objetiva¹⁶. Partindo de uma análise objetiva e conjugada dos dispositivos sobre anistia, o ministro chega à conclusão de que a mesma não possui caráter amplo, geral e irrestrito. Vota pela procedência parcial da ação para que a anistia não abranja crimes hediondos e aqueles que lhe sejam equiparados.

¹⁴ “O disposto no §1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P. 92

¹⁵ “Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao §1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (case by case approach), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P.129 e 130

¹⁶ “A vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel chamada lei se transforma numa vontade objetiva, autônoma, própria, desgarrada da subjetiva vontade de quem a fez. Esse é o papel do operador jurídico; todos nós aprendemos isso de cor e salteado.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.141

Ellen Gracie acompanha o voto do relator, compreendendo que a argumentação pela mudança de interpretação da lei de anistia é mais política do que jurídica¹⁷.

Celso de Mello, com base na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, na Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985 e na Convenção americana de direitos humanos de 1969, ressalta o valor da pessoa humana como fundamento da própria ordem político-jurídica do Estado. O ministro relembra três casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Barrios Altos de 2001, Loayza Tamayo de 1998 e Almonacid Arellano e outros de 2006. Para ele, esses casos proclamaram a incompatibilidade da lei de anistia do Peru e do Chile com a Convenção Americana de Direitos humanos por serem leis que concedem anistia apenas para os agentes de repressão. Como a lei de anistia brasileira concedeu a ambas as partes o benefício, ela não pode ser enquadrada nesse tipo de “auto-anistia”¹⁸. Além disso, a definição e a adoção dos tratados internacionais sobre tortura pelo Brasil ocorreram após a edição da lei de anistia. Logo, esses instrumentos normativos não interferem com a lei brasileira. Vota, portanto, como improcedente o pedido.

Cezar Peluso também afirma que o caso brasileiro não é de auto-anistia, pois adveio de um acordo de toda a sociedade. Não foi um ato unilateral do regime autoritário. É apenas a auto-anistia que é reprovada pelos tribunais internacionais¹⁹.

¹⁷ “Trata-se de argumentação política e não jurídica a que rejeita a existência no Brasil da época de uma verdadeira concertação política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta da qual a lei de anistia consistiu em uma etapa importante.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUMER+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor- daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.152

¹⁸ “É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUMER+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor- daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.184

¹⁹ “e quinto lugar, o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para lembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível

Gilmar Mendes afirma que a anistia é um ato de caráter eminentemente político e sua amplitude é definida de forma política²⁰. Que compreensões morais não podem ser utilizadas para definir quem é ou não anistiado. A lei, com seu caráter objetivo, é a única forma de estabelecer a extensão da anistia concedida²¹. Sobre os tratados internacionais que concederam, posteriormente, imprescritibilidade aos crimes de tortura, o ministro ressalta que o Brasil considera que as normas sobre prescrição são normas de direito material, que não se aplicam aos crimes já praticados.

Por maioria, a Suprema Corte brasileira considerou improcedente o pedido do Conselho Federal da OAB. A lei da anistia seria, entretanto, novamente, analisada, poucos meses depois da decisão do STF; mas, dessa vez, em esfera internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2. *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil*

O caso tinha como objeto a Guerrilha do Araguaia, que foi formada pelo Partido Comunista para combater o regime militar. Essa guerrilha sofreu intervenções, entre 1972 e 1975, do exército, da marinha, da aeronáutica, da polícia federal e da militar, formando entre 3 a 10 mil oficiais. Os guerrilheiros presos, foram sepultados na selva. Seus corpos

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p. 210

²⁰ Fornece, como exemplo, o caso do juiz espanhol Baltazar Garzón, para esclarecer a mistura entre o direito e a política: “Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o Juiz Baltazar Garzón, suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado. Desse modo, colocando em xeque esse modelo de pacto ou de compromisso que as Constituições (e, neste caso também, a Constituição espanhola de 1978) traduzem.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P.235 e 236

²¹ “Demais disso, as compreensões morais possuem uma relatividade natural, e é própria de sua natureza a ausência de universalidade de seus juízos particulares. Apenas uma análise normativa é apta a qualificar os atos praticados pelo Estado repressor e pelos movimentos opositores.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.240

foram desenterrados, queimados ou jogados em rios, para apagar possíveis evidências. De acordo com a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, aproximadamente: 50 mil pessoas foram detidas; 20 mil foram torturadas; 354 foram mortas ou estão desaparecidas; 130 foram expulsas; 4684 tiveram seus direitos políticos caçados; centenas de camponeses foram assassinados. Com fundamento na lei 6683/1979, a Lei da Anistia, entretanto, o Estado não investigou, processou ou sancionou os responsáveis.

Apesar de o Brasil ter reconhecido a Corte Interamericana em 1998 e ter declarado que a competência do tribunal seria apenas para fatos posteriores ao reconhecimento, os atos de caráter contínuo ou permanente são um desrespeito contínuo a obrigação internacional. O desaparecimento forçado de pessoas tem início com a privação de liberdade da pessoa e a falta de informação sobre seu paradeiro. Esse ato permanece enquanto o paradeiro da pessoa desaparecida não é informado. Assim, a Corte considerou ter competência para analisar os desaparecimentos forçados²².

Sobre a alegação de que os recursos internos não teriam sido esgotados, pois a ADPF n.153 ainda não tinha terminado quando do início do processo, a Corte considerou que essa alegação não tinha sido feita perante a Comissão. Adicionou que mesmo que a preliminar tivesse sido alegada, essa ação ainda não estava regulamentada no início do processo e não poderia ser impetrada pelos particulares. Além disso, é uma ação voltada ao exame de constitucionalidade e não a esclarecer direitos, estabelecer responsabilidades individuais e determinar o paradeiro de desaparecidos.

O Estado brasileiro também alegou que após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana teria um papel de quarta instância caso aceitasse julgar novamente o caso. O tribunal internacional entendeu, entretanto, que seu objetivo não era revisar a sentença

²² “Por el contrario, en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional 24. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁵, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 10

do STF, mas sim verificar se ocorreram violações a Convenção Americana de Derechos Humanos²³.

A corte considerou que a lei de anistia brasileira é un obstáculo ao deber do Estado de investigar e, se for o caso, sancionar os responsáveis por violaciones graves de derechos humanos²⁴. Demonstrou que diversos tribunais superiores de países latino-americanos también tinham relatado a incompatibilidad de suas leis de anistia²⁵. Dessa forma, sustentou que o Brasil precisa aplicar a lei de anistia de forma a permitir que as investigaciones e possíveis sanções de graves violaciones de derechos humanos sejam realizadas:

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identifica-

²³ “En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (infra párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 20

²⁴ A Corte relembrou outras decisões suas sobre o mesmo assunto e também decisões da Comissão: “En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos. Además de las decisiones antes mencionadas de este Tribunal, la Comisión Interamericana há concluido, en el presente caso y en otros relativos a Argentina 198 , Chile 199 , El Salvador 200, Haití 201, Perú 202 y Uruguay 203 su contrariedad con el derecho internacional.” p.55 A Corte también demonstrou que o sistema universal de derechos humanos possui posição semelhante: “En el mismo sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos concluyó que las amnistías y otras medidas análogas contribuyen a la impunidad y constituyen un obstáculo para el derecho a la verdad al oponerse a una investigación a fondo sobre los hechos 206 y que son, por lo tanto, incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p.56

²⁵ Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 60-64

ción y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil²⁶.

Para a Corte, qualquer lei de anistia que impeça a investigação e a sanção de responsáveis é incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, seja ela uma autoanistia, uma anistia ou um acordo político²⁷. Por fim, a Corte conclui que:

El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma²⁸.

Concluída essa fase inicial de descrição dos casos, será realizada uma análise de ambos por meio da aplicação da teoria sobre a relação entre o Direito Internacional e a política, realizada por Koskeniemi.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 65

²⁷ “La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 66

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf p. 116

4. ANÁLISE DOS CASOS SOBRE A LEI DE ANISTIA

A decisão da Corte Interamericana sobre a lei de anistia brasileira gerou discussões entre juristas, como é possível perceber pela posição dos Ministros, inclusive de grandes internacionalistas brasileiros, na decisão do STF. Esses casos em que as decisões de tribunais internacionais são questionadas são chamados de casos difíceis. Nessa espécie de casos, devido aos conceitos abertos e às lacunas, existe maior grau de subjetividade nas decisões, sendo possível imaginar resultados diferentes.

Como foi examinado, os sistemas de solução de controvérsias devem garantir a aplicação objetiva do direito. Dessa maneira, muitos juristas defendem maior rigidez na aplicação do direito. Segundo essa posição, se não existem padrões jurídicos, as alegações não devem ser consideradas. Se a Corte não consegue encontrar uma solução, não é porque o direito é indeterminado. É porque não existem padrões legais. Assim, seria melhor que no presente caso em análise, a Corte não tivesse optado por estender sua jurisdição, ou, pelo menos, tivesse evitado de questionar a interpretação concedida pela lei de anistia brasileira. A sua decisão teria sido errada por fomentar desconfiança nos Estados sobre o sistema interamericano. A maior discricionariedade contida nessa decisão da Corte diminui a previsibilidade dos julgamentos e traz aos Estados medo de que seus interesses não sejam respeitados. Assim, doutrinas que enfatizam o processo criativo da solução de problemas parecem estar em oposição com o objetivo de estabelecimento da ordem jurídica mundial.

Ocorre que a própria jurisprudência a ideia de aplicação automática do direito é controversa. Um exame dos julgados da maioria dos tribunais internacionais revela grande número de decisões que não são aprovadas com unanimidade²⁹. É por esse motivo que a doutrina vem reconhecendo que existe uma margem de atuação discricionária. A identidade

²⁹ “Only five of the 51 judgements and one out of the 18 advisory opinions have been unanimous. Many decisions have been accompanied by several and often strongly worded dissenting opinions. In many recent cases of default or non-execution the relevant objections have been formulated in legal terms. While it would be incorrect to say that default or non-execution arises from differing interpretations of the law, in many cases they do receive support from a feeling that the minority opinion – or the opinion foreseeably to be left in the minority – is in some respects a plausible legal opinion.⁵¹ For example, legal opinion remains sharply divided on the correctness of the majority judgement in the South West Africa or the Nuclear Tests (1974) Cases, with respectable lawyers arguing on both sides.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P. 33

da função judicial é respeitada desde que a discricção respeite a lei existente. Apesar de existir uma indeterminação relativa, a determinação dos limites da lei não é prejudicada.

Não existe um consenso sobre qual intensidade de discricção é permitida, mas diversas posições sobre os perigos de uma atuação discricionária por parte da Corte³⁰. A discricção é entendida como uma atividade que deve ser exercida dentro da lei. Apesar de ser exigido da Corte uma posição balanceada entre o conservadorismo e a progressividade, os juristas não fornecem conselhos práticos para o uso da discricção. Como usar a discricção sem violar os limites do direito existente?

Apesar de existirem diversos métodos que limitam a presença da subjetividade nessa espécie de caso, como métodos de interpretação, não há um consenso sobre sua aplicação. A decisão nunca deve pender para seguir apenas o que os Estados querem, mas também não pode ser utópica, apartada da realidade. Essa espécie de confusão também pode ser notada em casos difíceis na ordem interna. O caso em análise apresentou diversos métodos interpretativos por parte dos Ministros, com grandes preocupações em manter o direito apartado da política.

Em geral, a doutrina tenta explicar de duas maneiras a objetividade das decisões de casos difíceis: apenas os contornos da decisão podem ser justificados legalmente, pois o aplicador do direito possui uma margem de subjetividade (visão fraca); as ponderações, em casos difíceis, são controladas pela lei (visão forte). Os juristas modernos costumam adotar a visão fraca, mas Koskenniemi defende que apenas a visão forte consegue separar o argumento político do jurídico³¹.

A visão fraca aceita a existência de lacunas e considera que existem duas posições sobre o que os juízes devem fazer quando se deparam com elas: 1-se uma solução não pode ser alcançada pela aplicação da lei, o jurista deve rejeitar qualquer solução; 2-o juiz deve

³⁰ Ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 195-238

³¹ "In the weak view, objectivity is related only to determining the range of discretion while the strong view extends objectivity even to areas in which it first looked as if the problem-solver had discretion. Modern lawyers commonly adopt the weak view. I shall argue, however, that the strong version is the more plausible one and that even the adherents to the weak version must ultimately adopt it in order to make a distinction between legal and political argument." KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. P.42

utilizar seu melhor julgamento para decidir o caso, inclusive por meio do apoio de outras disciplinas. A primeira posição ocorre quando as Cortes fazem distinções entre litígios jurídicos e políticos³². Como vimos na decisão do STF, muitos dos Ministros entenderam que a questão era mais política do que jurídica. Logo, deveria ser solucionada pelo Poder Legislativo. Como em Direito Internacional não existe um parlamento central, as decisões não são afastadas dessa maneira como políticas. Na segunda posição, tem-se a Corte legislando em casos de lacuna. Casos que inicialmente não foram previstos pelo sistema, como a análise de situações anteriores a aceitação da jurisdição da Corte, são englobados no regime por meio de julgamentos que utilizam conceitos de outras disciplinas.

Em geral, essa visão fraca considera que é fácil fazer a distinção entre casos difíceis e casos normais. Além disso, ela compreende que os casos difíceis são exceções que raramente acontecem. Qualquer expressão jurídica, entretanto, pode ser afetada por certo nível de indeterminação. Todos os casos podem virar casos difíceis se os Estados justificarem sua ação com a soberania, por exemplo. No caso em questão, até mesmo a aceitação da competência da Corte pode ser analisada como uma decisão difícil. Com a alegação brasileira de que os acontecimentos estão fora da jurisdição da Corte, o Tribunal precisou avaliar em que grau o Brasil concordou em limitar sua soberania. Se o próprio Estado tinha limitado a jurisdição da Corte aos casos de violações após a aceitação, torna-se difícil convencer o mesmo Estado de que ele precisa cumprir decisões sobre casos anteriores.

A segunda versão da visão fraca precisa fazer uma diferenciação clara entre lei e subjetividade, para conseguir diferenciar o direito da política³³. Para superar esse problema,

³² Koskenniemi utiliza como exemplo o caso do sudoeste africano: "The arguments by judges Spender and Fitzmaurice in the earlier phase of the case are likewise illustrative. They held that the Applicants' arguments had been "no more than motives or reasons for saying that it is politically desirable that the Applicants should be allowed to invoke Article 7 (of the mandate, MK)". These, they held, "cannot have any bearing on the legal issues involved, and these must be our sole concern". South West Africa Case, joint diss. op. Reports 1962 p. 515. As the Court, four years later, took its final position, it seemed to adopt this view." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.42 e 43

³³ Koskenniemi explica que atualmente é extremamente difícil fazer esse tipo de distinção: "Any such distinction, however, seems constantly threatened by the common experience that what once seemed like routine applications of the law have become or can be portrayed as increasingly problematic. While, for example, the meaning of the "High Seas" used to be a relatively clear one, the introduction of the exclusive economic zone (EEZ) as well as other zones of special jurisdiction has made it increasingly uncertain. The same is true of the

a única solução é que a visão fraca incorpore regras sobre o limite da subjetividade. Além disso, o conteúdo dessas regras deve ser regulado por uma visão forte.

Existem quatro tipos de visão forte. A primeira seria uma visão forte formal. Nessa concepção, a indeterminação não é uma ausência de norma. Todo sistema jurídico é completo. É a visão do caso Lotus, que compreende que o Estado é livre para agir de acordo com seu interesse quando não há regra que o restringe. Essa visão cai na apologia ou na utopia³⁴.

A segunda concepção da visão forte, entende que alguns padrões materiais inerentes a todos os sistemas jurídicos são aplicados quando surge a indeterminação. Esses padrões são normas de justiça substantiva, como a dignidade da pessoa humana³⁵. Essa visão presume a existência de uma justiça natural, sendo vulnerável ao utopismo. Não existe um consenso sobre esses valores naturais. Por mais que soubéssemos qual é a natureza humana ou da comunidade internacional, não podemos retirar normas dessa natureza. O recurso a esses valores apenas aumenta a indeterminação da lei.

Na terceira aceção da teoria, entende-se que as normas devem ser aplicadas para cumprir o seu propósito ou por razões de equidade. Essa aceção pode ser notada na decisão da Corte, que busca sempre o propósito último do Pacto de San José da Costa Rica, que é a máxima proteção aos direitos humanos. Para alcançar essa proteção, a argumentação muitas vezes precisa reler os dispositivos para assegurar uma posição em consonância com as necessidades contemporâneas. Essa releitura fica clara com a

general prohibition of the use of force which is rendered ambiguous by the legitimacy accorded to self-defence and forcible struggle for national selfdetermination.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.44

³⁴ Explica-se: “In the first place, it is based on a naturalistic principle which prefers State freedom to competing values such as, for example, international order or distributive justice. It encapsulates a morality which seems unjustifiable in any objective way. Kelsen himself admits that the choice between a Statecentre and an international community-centred systematics is a political choice. As such, it is inadmissible under the strong version. But formalism seems inadmissible also because apologist. Any rule application is capable of being understood as an attempt to delimit the disputing States’ freedoms. To say that “freedom” should be given preference fails singularly to indicate which State’s freedom is meant.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.45

³⁵ “The ICJ has used arguments from natural justice in, for example, the Corfu Channel Case (1949) to condemn Albania’s inaction in respect of warning foreign vessels about the presence of a minefield in its waters, in the Reservations to the Genocide Convention Case (1951) to interpret a multilateral convention and in the Barcelona Traction Case (1970).” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.46 e 47

necessidade de rejeitar a lei de anistia brasileira para conseguir efetivar o propósito último do tratado. Para evitar o apologismo, essa visão presume que o propósito do tratado não necessita da concordância de cada Estado no momento da aplicação, pois ele possui uma força vinculante autônoma. Koskenniemi aborda a crítica a essa teoria de maneira clara:

But there are three important problems in any such construction. In the first place, if the idea of objective justice is excluded, how can the relevant legislative purpose be discerned? This would require the existence of a rule establishing a hierarchy between the various individual policies involved in law-making. But no such rule exists apart from the formal rule which arose as the direct result of the legislative activity, often an expression of several different purposes. If this rule is indeterminate, there seems to exist no way of objectively ascertaining the overriding policy-consideration which prompted the rule itself. Besides, even if a hierarchy of legislative purposes could be ascertained, such hierarchy could hardly be opposed to a State which does not share it. For in such case we should accept that some subjective policies may override other subjective policies outside the scope of agreed rules. This would conflict with the equality of States and the assumed subjective character of value. To apply “goals and values” against a non-accepting State will ultimately assume the correctness of the objectivist view about morality – in this case a morality about the constraining force of majority will or general interest. Such objectivism, however, will remain vulnerable to the standard criticisms against naturalism.³⁶

A última visão, enfatiza o aspecto construtivo das decisões jurídicas e o aspecto autônomo e sistêmico dos conceitos jurídicos. A construção objetiva assegurar a unidade e a efetividade do Direito Internacional. A analogia e os princípios gerais servem para dar coesão ao direito. São os princípios que fornecem às leis coesão sistêmica. A obrigação dos tribunais é de justificar sua argumentação para que ela pareça coerente com o sistema. Esses princípios advêm do próprio sistema. Essa teoria também termina ou na utopia ou na apologia³⁷.

³⁶ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. P. 51

³⁷ Ver: KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. páginas 55 e 56.

A decisão jurídica é baseada na premissa de que ela consegue alcançar resultados determinados. As razões para mudanças no resultado são procuradas em fatores extra sistêmicos, na incerteza semântica, em mudanças de leis, na incompetência de juízes, em preferências políticas, em mudanças da posição jurídico-filosóficas de juízes. Outra solução também, é considerar que os dois casos são na verdade diferentes. Assim, o Ministro Celso de Mello tenta apartar o caso do Brasil de outras decisões da Corte Interamericana para justificar uma permissão para a lei de anistia.

É possível tentar solucionar a discrepância entre o resultado encontrado pelo STF e o pela Corte Interamericana por meio de diferenças culturais. Apesar do vocabulário jurídico utilizado ser em grande medida igual, o significado semântico das expressões pode variar de acordo com o contexto cultural. Ocorre que, por mais que todas essas diferenças semânticas e de valoração fossem resolvidas, o Direito Internacional continuaria sem capacidade para dar justificações coerentes nessa espécie de caso. A indeterminação deriva da estrutura da própria linguagem jurídica internacional. Como vimos, o discurso jurídico internacional é incoerente por incorporar presunções contraditórias.

Enquanto a Corte Interamericana adotou uma posição de presunção de que as obrigações do Estado derivam um Direito Internacional que antecede a vontade dos Estados, utilizando um argumento descendente, o STF adotou uma argumentação baseada em um Direito Internacional que é construído pela vontade dos Estados, um argumento ascendente. Se a posição da Corte Interamericana pode ser criticada por sua utopia, a posição do STF pode ser considerada apologética.

A grande estratégia usada para a reconciliação dos dois argumentos contraditórios, pela Corte, é o consentimento tácito. A lei é vinculante porque o Estado concordou pela sua conduta, por um discurso anterior, durante os trabalhos preparatórios ou por outro motivo semelhante. Assim, a Corte tentou justificar a extensão de sua jurisdição nesse caso. É assim que a lei parece ser normativa e concreta. Acontece que essa reconciliação é falha. Não é possível dizer que um Estado concordou, se agora ele não aceita. Dizer isso significa que o aplicador do direito tem mais propriedade para dizer sobre a aceitação do Estado do que o próprio Estado ou então que existe um critério para definir quando há aceitação. Das duas maneiras, é preciso considerar que existe uma teoria objetiva de justiça, que retoma a

questão da subjetividade. Como a conciliação é impossível, a doutrina fica transitando entre os dois argumentos. Uma hora enfatiza a concretude e outra a normatividade.

Uma das conclusões possíveis é ver que a decisão judicial é irracional. Se o argumento jurídico pode ser usado para justificar resultados opostos, o direito deixa de ser um discurso estruturado. Mas essa conclusão esquece que os argumentos jurídicos formam um padrão. Os conceitos jurídicos possuem um certo grau de autonomia que não pode ser explicado como apologia ou ideologia. O argumento jurídico segue sim uma lógica que é independente de preferências individuais ou coletivas. Isso não quer dizer que essa lógica é normativa. Pode ser que seja só uma expressão da interação entre ideologias e opiniões políticas. Pode ser também que seja um esforço dos tribunais de não decidir de forma a privilegiar a concretude ou a normatividade³⁸.

Essa dificuldade na distinção entre o direito e a política não é uma exclusividade do âmbito internacional. Como é demonstrado pela decisão do STF, enquanto muitos Ministros argumentaram que a questão era meramente política, devendo ser respondida pelo Poder Legislativo, outros defenderam com vigor uma posição pela interpretação da lei de anistia de forma favorável ou não aos agentes repressores.

No Direito Internacional, contudo, essa relação é ainda mais complicada. Por não existir um corpo legislativo universal, a Corte não poderia passar a resolução para outro órgão. Dizer que a solução depende da criação de uma nova norma equivale a dizer que os próprios Estados infratores é que devem dizer o seu direito. Nesses casos, por mais que a lei não esteja clara, existe grande apelo para a atuação do Direito Internacional:

But there is another aspect to this re-imagining. International law increasingly appears as that which resists being reduced to a technique of governance. When international lawyers are interviewed on the Iraqi war, or on

³⁸ “No one is free, and no one can know and even less understand the whole story. When a decision has to be made, it will be based on an incomplete basis by a fallible person. The best we can expect, be it from the members of the Government’s Transitional Justice Working Group or the diplomats that urge it on, is that they exercise judgment to the best of their ability. Judgment can be reconstructed – as in the written judgment in which a judge justifies her ‘hunch’ – but it is not logical. It is, though, informed by law and many of those ‘other’ sciences. And, even more crucially, it should be guided by that sensitivity to false coherence that Martti’s writing has always taught us.” WRANGE, Pal. The Field of Exception/the Field of Exclusion — Reflections for Martti Koskenniemi. EJIL: Debate! Mai. 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-field-of-exceptionthe-field-of-exclusion-reflections-for-martti-koskenniemi/>

torture, or on trade and environment, on poverty and disease in Africa – as they increasingly are – they are not expected to engage in hair-splitting technical analyses. Instead, they are called upon to soothe anxious souls, to give voice to frustration and outrage. Moral pathos and religion frequently fail as vocabularies of engagement, providers of ‘empty signifiers’ for expressing commitment and solidarity. Foreign policy may connote party rule. This is why international law may often appear as the only available surface over which managerial governance may be challenged, the sole vocabulary with a horizon of transcendence – even if, or perhaps precisely because, that horizon is not easily translated into another institutional project. I often think of international law as a kind of secular faith. When powerful states engage in imperial wars, globalisation dislocates communities or transnational companies wreck havoc on the environment, and where national governments show themselves corrupt or ineffective, one often hears an appeal to international law. International law appears here less as this rule or that institution than as a placeholder for the vocabularies of justice and goodness, solidarity, responsibility and – faith.³⁹

O Direito Internacional não é o bálsamo que consegue curar todas as mazelas. Talvez tenha chegado o tempo de os juristas internacionais aceitarem a necessidade do discurso político em suas argumentações jurídicas. Uma posição mais aberta por parte das instituições internacionais poderia aumentar a legitimidade de suas decisões, que já não pareceriam ter o mesmo grau de discricionariedade disfarçada⁴⁰.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁹ KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, v.70, jan. 2007, p 1-30. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x/full>

⁴⁰ Essa parece ser a mesma posição do Koskeniemi e do Ian Scobbie: “Apart from warning of the dangers of answered prayers, St Teresa also prescribed flagellation for the nuns of her reformed Carmelite order in order that they might mortify their flesh: a self-inflicted sacrifice to achieve an intangible goal. Professor Koskeniemi counsels a less painful course for international lawyers to guard against hubris. We must be conscious of what we are doing and why we are doing it and, above all, take responsibility not for the sins of the flesh, but for the sins of our intellect. We cannot blame everything on the “system” when we, in fact, construct it.” SCOBBIIE, Ian. On the road to Avila? A Response to Koskeniemi. *EJIL: Debate!* Mai., 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/on-the-road-to-avila-a-response-to-koskeniemi/>

As discussões sobre a relação entre o Direito Internacional e a política precisam ser revistas. A grande maioria dos casos atuais exigem certo grau de conhecimento de outras áreas, seja casos de direitos humanos, como analisado pelo presente estudo, seja casos de comércio ou outro regime. A complexidade das interações entre sujeitos internacionais e a diferença entre a estrutura interna e a internacional não permite a mesma objetividade na aplicação do direito.

Está claro que a decisão da Corte Interamericana teve um elevado grau de subjetividade. Essa subjetividade pode ter sido o motivo para a decisão ainda não ter sido cumprida, no que se refere a lei de anistia, pelo governo brasileiro. Defender uma decisão mais coerente com os interesses estatais, mais apologética, contudo, também resultaria nas mesmas argumentações sobre subjetividade decisória. É nesse equilíbrio frágil entre decisões mais apologéticas e decisões mais utópicas que o Direito Internacional vai, lentamente, construindo sua estrutura.

O objetivo desse estudo não foi trazer soluções claras sobre os novos parâmetros entre essa relação, mas sim estimular a discussão sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf
- KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge University Press: 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **The Cambridge Companion to International Law.** Cambridge University Press: 2015, p. 47-63. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79>.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **The Modern Law Review**, v.70, jan. 2007, p 1-30. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x/full>
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. **European Journal of International Law**, v1, p.4-32, 1990.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, 2015, pp. 195-238
- SCOBBIÉ, Ian. On the road to Avila? A Response to Koskenniemi. **EJIL: Debate!** Mai., 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/on-the-road-to-avila-a-response-to-koskenniemi/>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 153 / DF** - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENOME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme>
- WRANGE, Pal. The Field of Exception/the Field of Exclusion — Reflections for Martti Koskenniemi. **EJIL: Debate!** Mai. 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-field-of-exceptionthe-field-of-exclusion-reflections-for-martti-koskenniemi/>