

# A lei de anistia e as cortes internacionais de direitos humanos: entre a proteção e a flexibilização de direitos

## *Statute of amnesty and international human right courts: between the protection and the flexibilization of rights*

\*Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar

Artigo recebido em 08/04/2021 e aprovado em 17/06/2021

### Resumo

O presente trabalho aborda, de início, se a anistia é um meio eficiente de justiça de transição ou se representa apenas um obstáculo para a responsabilização de violações de direitos humanos cometidas durante regimes autoritários. Analisa-se, então, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da validade de leis de anistia em relação à Corte Americana de Direitos Humanos. Considerando essa jurisprudência, o objetivo é examinar os seus efeitos sobre os princípios do *ne bis in idem* e da irretroatividade da lei penal, bem como concluir sobre a flexibilização ou o fortalecimento dos direitos humanos.

**Palavras-chaves:** Anistia. Regra de transição. Irretroatividade da lei. Lei penal. Convenção Americana de Direitos Humanos. *Non bis in idem*.

### Abstract

*This paper addresses, at first, the controversy over whether amnesty is an efficient means of transitional justice or if it just represents an obstacle to punish human rights violations committed during authoritarian regimes. Thus, this paper aims to analyze the Inter-American Court of Human Rights regarding the validity of amnesty statutes as they relate to American Convention on Human Rights. Considering this case law, the purpose is to examine its effects on ne bis in idem and non-retroactivity principles and also to conclude on either a flexibilization or a strengthening of human rights.*

**Keywords:** Amnesty. Rule of transition. Non-retroactivity. Criminal law. American Convention on Human Rights. *Ne bis in idem*.

## 1 Introdução

Na América Latina, foram aprovadas diversas leis de anistia sobre violações de direitos humanos em períodos ditatoriais, causando um problema no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Isso porque essas leis eximem a responsabilidade de atos que configuram crimes contra a humanidade e fragilizam a proteção aos direitos das vítimas e de seus familiares, que não veem seus agressores punidos e muitas vezes não têm acesso às informações sobre o que efetivamente ocorreu. Há casos em que se negou até mesmo relatar o paradeiro dos corpos, impedindo que as famílias pudessem dar um fim digno aos restos mortais de seus componentes.

Questiona-se, no âmbito da justiça de transição, se a anistia é um modelo eficaz de lidar com esses casos, especialmente no período de redemocratização do país, ou se, ao contrário, representa um obstáculo à responsabilização dos envolvidos e à prevenção de novas violações em um futuro próximo. Apesar do questionamento teórico sobre os modelos de justiça de transição, é de fundamental importância analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, por ser a interpretação que deve prevalecer, nos países que integram o sistema regional, acerca da proteção internacional de direitos humanos.

\* Juiz federal (TRF1). Ex-juiz estadual (TJSP). Ex-juiz de direito (TJSP). Mestrando em direito penal (USP). Pós-graduado em filosofia e teoria do direito (PUC Minas) e em justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais (Universidade de Pisa).

Reconhecida a interpretação da Corte Interamericana como autêntica e de natureza vinculante, a obrigação dos Estados de cumpri-la não impede a investigação sobre os efeitos que as suas decisões têm sobre o direito penal e o direito processual penal. Por isso, interessa debater a sua jurisprudência sobre as leis de anistia sob o ponto de vista da irretroatividade das leis e das interpretações desfavoráveis ao réu, em matéria penal, e da coisa julgada e do princípio do *ne bis in idem*, como garantias do processo penal.

Pode-se partir, então, para a análise de um possível viés punitivista da jurisprudência internacional de direitos humanos e as consequências que essa posição pode ter para a proteção de direitos humanos como um todo. O intuito é buscar uma análise crítica sobre eventuais flexibilizações de direitos para proteção de outros, sem prejuízo do reconhecimento da inderrogabilidade das decisões da Corte no sistema regional de proteção de direitos humanos.

O presente trabalho utiliza, como método, a revisão bibliográfica, por meio da qual se analisam casos julgados por cortes internacionais de direitos humanos, para se buscar uma conclusão sobre os seus possíveis impactos nas garantias processuais penais no âmbito doméstico. A pesquisa de jurisprudência, ainda que pontual, também compõe a metodologia para a investigação acerca da repercussão, nos sistemas criminais nacionais, das decisões internacionais envolvendo a anistia.

## 2 A anistia, suas origens e fundamento

A anistia representa uma renúncia ao exercício do poder de punir uma pessoa que praticou uma infração penal, extinguindo a sua punibilidade. É o perdão estatal a alguém que praticou um delito, por razões eminentemente políticas. Está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 21, inciso XVII, como competência da União. Já o seu art. 48, inciso VIII, explicita melhor a matéria ao prever a concessão de anistia dentre as atribuições do Congresso Nacional.

Não há, na história do direito ou no direito comparado, uma uniformidade terminológica sobre os institutos que extinguem a pena por ato político ou, como se costuma dizer, por clemência estatal. O termo graça já foi usado de forma ampla quanto aos atos de perdão da pena imposta a um criminoso. Há registro de a graça ter sido prerrogativa soberana nunca contestada aos governantes, de modo que seria considerada, para Ladislau Thot, quase contemporânea da própria sanção penal (CARVALHO FILHO, 1944).

Aloysio de Carvalho Filho (1944) associa as suas origens ao direito de asilo, como prerrogativa reconhecida ao soberano, seja derivada de seu poder de perdoar os crimes de lesa-pátria, seja em razão de que a partir do seu poder supremo todos os demais direitos se originavam e eram, por ele, limitados. Ambos os institutos possuem em comum, para o jurista, uma expressão de indulgência (CARVALHO FILHO, 1944).

Prosseguindo em sua análise, Carvalho Filho (1944) menciona a adoção do privilégio da graça pelos romanos, que possuiu muitas variações, mas sempre representou um ato de indulgência a quem havia transgredido a lei. Na fase da República, menciona, como exemplos, a *ius provocationis ad populum*, a possibilidade de se recorrer ao povo em caso de imposição da pena capital; a *intercessio*, apelo para que os tribunos da plebe exercessem a misericórdia; e, por fim, a instituição jurídica que se aproxima da atual anistia, consistente na *abolitio publica*, que representava uma medida política, de competência do Senado, tomada por interesses estatais ou a título de celebração de divindades.

Carvalho Filho (1944) defende, entretanto, que no período imperial, com a *lex oblivio*, é que surge um instituto ainda mais próximo à atual anistia, com a possibilidade de um perdão geral, comum em início de período governamental, como medida popular de obtenção de simpatia do povo, ou mesmo de final do governo, como um legado para marcar o reinado que se encerrava.

Franz Von Liszt (2006), tratando da graça nesse mesmo sentido bastante alargado, define-a como a abolição dos efeitos da pena por ato do Poder Público, consistindo em uma renúncia ao direito, de que o Estado já está investido, à pena. Quanto ao aspecto histórico, o austríaco também destaca o seu desenvolvimento no direito romano, destacando que, nos séculos XVI e XVII, passa a ser compreendido como *regalia do soberano*, sendo, entretanto, estudado com um viés de direito público

É sobre esse poder do monarca que escreve Beccaria (2003), compreendendo-o como *a mais bela prerrogativa do trono*, não sem acrescer uma visão crítica do instituto. Após defender sua ideia de que a pena branda, mas

inflexível, provoca uma impressão mais forte do que um grande suplício que traga em si a esperança de sua não aplicação, o iluminista defende que a graça traz, como consequência, uma *desaprovação tácita* das leis vigentes. Deve-se ressaltar que a sua obra se refere à clemência dada por aquele que executa as leis, razão pela qual o autor defende que os atributos de indulgência e humanidade sejam características daquele que legisla, em nome da segurança do povo, colocada acima de eventual benefício de um particular.

Essa breve incursão histórica busca trazer as bases do instituto, cujos termos, como já dito, variaram com o passar do tempo. No Brasil, a doutrina costuma diferenciar a graça como ato do Poder Executivo, e a anistia, atribuição do Legislativo. Entretanto, após a independência do país e o fim da soberania portuguesa sobre o território, a anistia foi atribuída, inicialmente, ao Poder Moderador, exercido pelo monarca. Com a Constituição de 1891, a anistia passou a ser matéria de competência do Poder Legislativo, o que se manteve com as constituições que sobrevieram, inclusive a atual. Houve, como principal ponto distintivo, períodos de atribuição concorrente do Poder Executivo, mas a competência do Legislativo passou a ser uma característica perene do instituto (CARVALHO FILHO, 1944).

Assim, pode-se falar que o ato de clemência estatal pode consistir em graça, que compete ao Executivo, e em anistia, que possui forma de lei e é prerrogativa do Poder Legislativo. Em suma, o instituto tem raízes históricas bastante antigas, remontando ao direito romano e representando uma válvula de escape para se afastar a aplicação da pena imposta, com base em razões político-criminais diversas, como a sua rigidez para uma violação concreta ou, até mesmo, a inconveniência de sua aplicação, contra determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, ante os anseios populares.

### 3 As leis de anistia nas ditaduras latino-americanas

As leis de anistia extinguem a punibilidade de crimes, impedindo a aplicação de sanções penais por razões políticas. Como visto, uma raiz romana do instituto, a *lex oblivio*, era muitas vezes concedida ao final de uma era de governo, com o fim de deixar uma benesse como recordação do período que se findava. Era a forma de se deixar um legado que permanecesse como símbolo da indulgência e de humanidade.

Na América Latina, cuja história é manchada por graves rupturas democráticas, a anistia passou a ser utilizada como instrumento para se evitar a punição dos atos praticados durante os períodos muitas vezes denominados de *revolucionários*, concessão obtida ou imposta como condição para a transição democrática. Desse modo, a anistia muitas vezes era dada por aqueles que ocupavam o poder, após um golpe de Estado, aos abusos cometidos por eles mesmos. Sua natureza, portanto, se assemelharia a um autoperdão, uma clemência quanto às próprias atrocidades, se analisada a sua verdadeira natureza.

Sobre as rupturas políticas na América Latina, Olsen *et al.* apontam que, em 2009, já se registrava a ocorrência de 19 transições de governos ditatoriais para regimes democráticos na região, em 16 países diferentes, dos quais apenas 10 envolveram julgamentos dos responsáveis. Além disso, em 13 desses países houve utilização de comissões da verdade. As comissões da verdade, cumpre destacar, são um instrumento de investigação de abusos de direitos humanos, constituindo-se em órgãos temporários, instituídos pelo Estado ou organizações governamentais internacionais.

Aponta-se, ainda, que em muitos casos os julgamentos se deram após a revogação de leis de anistia, no que denominaram de *justiça tardia*. Como fatores que influenciam positivamente no julgamento dos abusos cometidos durante períodos ditatoriais, após a redemocratização, estão o crescimento da economia e a pressão direta ou indireta da comunidade internacional (OLSEN; PAYNE; REITER, *op. cit.*). Ou seja, elementos político-econômicos são os que mais determinam se haverá ou não efetivos julgamentos das infrações penais cometidas durante o regime autoritário.

Portanto, pode-se inferir que foi comum a utilização de leis de anistia ao final de rupturas democráticas na região, o que não impediu, em vários países, o julgamento dos envolvidos em abusos em tais períodos. Na Argentina, as leis de anistia foram julgadas, pela Corte Suprema, como incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos; no Chile, a prévia anistia dos delitos da ditadura de Pinochet foi declarada inválida pelo sistema regional

de proteção aos direitos humanos; e, por fim, uma decisão da Corte Interamericana rechaçou as leis de anistia do Peru (PIOVESAN, 2009).

No Brasil, a concessão de anistia, nos últimos anos da ditadura militar, foi realizada por meio da Lei 6.683/1979, possibilitando a impunidade dos crimes cometidos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Seu teor faz referência aos crimes políticos ou conexos com eles, aos crimes eleitorais, à suspensão de direitos políticos e à punição administrativa de servidores públicos. O diploma legislativo buscou dar um sentido bastante amplo à clemência, considerando como crimes conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Sem adentrar, por ora, no tema da jurisprudência internacional de direitos humanos, fato é que foi comum o recurso a leis de anistia, seja como forma de se conduzir a transição de um período autoritário para o restabelecimento de um governo democrático, seja como concessão necessária para o próprio fim da ditadura. Por isso, a história das ditaduras latino-americanas é marcada pela existência de leis que dificultam o julgamento das atrocidades cometidas durante os períodos autocráticos, o que deve ser discutido do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, a partir das concepções de justiça de transição e da jurisprudência internacional de direitos humanos, bem como, no âmbito interno, à luz da dogmática do direito penal e do direito processual penal.

## 4 A anistia no âmbito do direito internacional dos direitos humanos

A anistia, representativa de uma indulgência estatal a crimes cometidos em determinado período, tem o efeito de extinguir a punibilidade de atos delitivos por razões de política criminal. Pode ser usada, por exemplo, para deixar para trás um período de manifestações populares, acompanhado de excessos praticados como resposta a algum ato arbitrário cometido pelas autoridades instituídas. Evitar-se-ia, com essa medida, o prolongamento do conflito, por meio de uma expressão de *mea culpa* pelas autoridades instituídas. Seria o caso de uma greve de bombeiros militares, por exemplo, o que, no Brasil, poderia configurar crime por si só.

O problema surge quando a anistia se torna um instrumento para que agentes que cometeram crimes em períodos ditatoriais se imunizem de qualquer persecução penal, mormente em casos de graves violações de direitos humanos. A América Latina, nesse campo, é um celeiro de exemplos e de controvérsia, o que é discutido no âmbito da justiça de transição, que se relaciona ao modelo de responsabilização dos abusos cometidos durante o regime deposto, e da jurisprudência internacional dos direitos humanos.

### 4.1 A justiça de transição e a anistia: modelo eficaz ou obstáculo?

Um dos conceitos que têm se difundido no que se refere à redemocratização, a justiça de transição relaciona-se com o processo, característico de momentos de excepcionalidade jurídica, de instauração do regime democrático e de recuperação de direitos. Não se trata de mero retorno ao *status quo ante*, pois esse retorno é impossibilitado pelas massivas violações de direitos humanos e pela premente necessidade de coibir a perpetuação dos abusos cometidos por agentes estatais, além de reparar e neutralizar os traumas advindos do passado autoritário (QUINALHA, 2013, p. 117-118). A justiça de transição, portanto, traz em si o desafio de ruptura do regime autoritário e de pavimentar o caminho de passagem para a ordem democrática (PIOVESAN, 2009).

Em sua abordagem, Olsen *et al.* (2009) dividem as formas de justiça de transição em três enfoques. No maximalista, defende-se que os abusos devem ser julgados, pois os modelos de justiça restaurativa e de comissões da verdade não impedem a cultura de impunidade, além de a democracia, desse modo, não exercer controle sobre as forças autoritárias. Na visão minimalista, as barganhas pragmáticas contribuem de forma mais efetiva para a paz, de modo que as anistias são o melhor modo de se atingirem as metas da justiça de transição. Por fim, em um enfoque moderado, as comissões da verdade seriam um modelo de exposição e reprovação das atrocidades, ao mesmo tempo em que evitariam julgamentos que poderiam estimular reações das forças antidemocráticas. Haveria, ainda, uma via alternativa, denominada enfoque holístico, em que se rejeita a abordagem unitária, sendo necessária a adoção de múltiplos mecanismos de justiça de transição.

Como efeitos da ausência de uma justiça de transição efetiva e bem conduzida, podem ser destacados o autoritarismo das instituições, inspiradas por um considerável interregno de tempo de governo central autocrático,

e a amplificação da violência estatal, como no uso de tortura por agentes estatais, com destaque para a violência policial, a formação de milícias e a atuação de grupos de extermínio. A isso se soma a impunidade dos agentes envolvidos em abusos, inclusive em homicídios praticados no exercício de suas funções, o que desvela uma contribuição do próprio Poder Judiciário para esse quadro (QUINALHA, 2013, p. 117-118).

A justiça de transição envolve, então, uma prestação de contas do passado ditatorial, com o esclarecimento das violações de direitos humanos ocorridas e a busca de reparação para as vítimas, além de uma reformulação das instituições, de modo que haja uma depuração do período em que funcionaram sob um viés autoritário e antidemocrático. A responsabilização dos agentes estatais, como visto, é um tema controverso, a depender do modelo defendido como o ideal para a melhor transição dos regimes.

Ocorre que, hoje, as decisões sobre justiça de transição não passam apenas pelo ordenamento jurídico interno e a sua compatibilidade com a Constituição local, que inclusive pode ser substituída no curso do processo de mudança de regime político. Com a vigência do sistema americano de proteção de direitos humanos, os países da América Latina precisam submeter seus processos de redemocratização aos parâmetros da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de, obviamente, observarem, ainda, o sistema global.

Vale frisar, nos termos do ensinamento de André de Carvalho Ramos (2014), que a interpretação dos direitos humanos deve ser realizada pelo direito internacional, considerando que a interpretação universalista é a única que garante a *universalidade dos direitos humanos* almejada com o compromisso dos Estados em relação aos respectivos tratados. A prevalência de uma interpretação nacional tornaria a sua garantia apenas local, e não internacional. Por isso, independentemente das escolhas nacionais e de sua validade no ordenamento jurídico doméstico, é imprescindível a sua compatibilidade com os tratados de direitos humanos a que o país se submeteu, nos moldes da interpretação levada a efeito pelo próprio direito internacional — o que significa, no caso do sistema regional de direitos humanos que vigora na América, observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pelo exposto, é necessário analisar não apenas se a transição democrática optou ou não pelo caminho da anistia, mas se essa escolha é válida a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Não basta que se busque justificar a validade no direito interno, já que o compromisso internacional do Estado deve observar tanto os direitos reconhecidos em tratados e convenções, como a interpretação que lhes é dada no âmbito internacional.

Em uma análise dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, Flávia Piovesan (2009) conclui terem sido fixados parâmetros mínimos de proteção da dignidade da pessoa humana, destacando a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir desses instrumentos internacionais de proteção, pode-se enfatizar a existência de quatro direitos de importância nuclear: o direito de não ser submetido à tortura; o direito de acesso à justiça; o direito à verdade e, em caso de violação de direitos humanos, o direito à prestação jurisdicional efetiva.

A tortura, inclusive, como previsto em seu art. 2º da convenção correlata, ratificada pelo Brasil em 1989, está submetida à *cláusula de inderrogabilidade de sua proibição*, o que impede que sua prática seja justificada por qualquer motivo, inclusive estado de comoção interna ou de guerra. Isso leva à conclusão de que se trata de um direito absoluto, que não comporta exceções. Além disso, possui hoje natureza de *jus cogens*, de modo que sua observância se impõe aos Estados independentemente de ratificação de um tratado específico. Ainda sobre a Convenção sobre a Tortura, seus arts. 5º a 8º estabelecem a jurisdição compulsória e universal para os acusados de sua prática, o que obriga os Estados a processarem e punirem os torturadores, ou, em caso de se encontrarem em seu território e não seja possível ou preferível o seu julgamento em seu território, que se possibilite a sua extradição (PIOVESAN, 2009).

Esses direitos influenciam diretamente o tema de anistia concedida em períodos de redemocratização, com a garantia de não persecução penal de agentes envolvidos em graves violações de direitos humanos, como o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura de opositores ao regime. Cumpre, então, analisar o que a Corte Interamericana tem decidido sobre as leis de anistia e as ditaduras latino-americanas.

## 4.2 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre anistia

Um dos precedentes mais relevantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre anistia é o caso *Almonacid Arellano e outros contra o Chile*. Foram fixados importantes parâmetros sobre lei de anistia como forma de justiça de transição e a necessidade de punição dos responsáveis e de reparação das vítimas das graves violações de direitos humanos em períodos de ruptura democrática.

O julgamento abordou importante tema preliminar, referente à competência *ratione temporis* da Corte. O Chile alegou que os fatos tratados eram posteriores ao depósito do instrumento de ratificação, o que ocorreu em 11/03/1990, mas o seu argumento não foi aceito. Decidiu-se que, ainda que a lei de anistia seja anterior ao compromisso do Estado com a Convenção, a adequação da legislação após a ratificação do tratado, a que ele se obrigou, é matéria de competência da Corte.

Quanto ao mérito, é interessante analisar os fatos considerados provados a respeito do senhor Almonacid Arellano, a senhora Gómez Olivares e os seus filhos. Almonacid, casado com a sra. Gómez Olivares e pai de três filhos, era professor do ensino básico e militante do partido comunista. Foi candidato pelo partido, secretário provincial da central única de trabalhadores e dirigente associativo do magistério.

Para contextualização, o regime militar havia derrubado o governo do presidente Salvador Allende, instalando-se um governo ditatorial com um plexo de poderes nunca visto no Chile, com repressão massiva e sistemática; uso de fuzilamentos; execuções sumárias; torturas, inclusive com estupro; privações de liberdade, desaparecimentos forçados e outras violações a direitos humanos. Muitos eram executados por suas condutas nocivas, a título de eliminação de tais elementos indesejados, identificados, por exemplo, por participarem de movimentos grevistas.

No dia 16/09/1973, o sr. Almonacid foi detido em seu domicílio, na vila Manso de Velasco, por *carabineros*, que dispararam contra ele. Faleceu no dia seguinte no Hospital Regional de Rancagua. O processo para apuração das circunstâncias de sua morte foi sobrestado várias vezes, com revogações do sobrestamento pela Corte de Apelações, até que em 04/09/1974 foi confirmada a suspensão do processo. Sobreveio, então o Decreto-Lei 2.191, com concessão de anistia geral, com exceção de determinados crimes e do Processo 192-78, de modo que as investigações sobre a morte do sr. Almonacid foram obstadas pelo ato de indulgência.

Para melhor esclarecimento do caso, cumpre destacar que, no âmbito nacional, a sra. Gómez Olivares apresentou queixa criminal, solicitando a reabertura do processo. Foram ouvidos os possíveis autores e houve discussões prolongadas sobre competência da Justiça Militar. Depois disso, em 28/07/1997, houve sobrestamento definitivo em virtude da anistia. Em julgamento de recurso de apelação, o Judiciário chileno considerou que a anistia é uma causa objetiva de extinção da punibilidade, bem como que o Pacto de São José não poderia retroagir para se aplicar ao caso. Houve, entretanto, divergência de uma ministra, que, em seu voto vencido, entendeu ter havido uma guerra interna, à qual seria aplicável a Convenção de Genebra, de modo que o crime deveria ser considerado imprescritível e insuscetível de anistia. Um novo recurso, dirigido à Suprema Corte, não foi admitido por intempestividade.

Interessante notar, ainda, que o Estado havia adotado medidas a respeito de sua obrigação de adequação da legislação interna ao Pacto de São José de Costa Rica. Houve várias tentativas de alteração legislativa do Decreto-Lei 2.191, inclusive uma que, à época do julgamento, ainda estava em andamento. O Poder Judiciário do Chile não estava mais aplicando, à época, o referido decreto, que concedera a anistia geral. Essa mudança de postura judicial possibilitou a persecução em juízo de alguns dos violadores de direitos humanos da era Pinochet.

Como medidas de reparação pelos atos praticados pelo governo de fato, instaurado após o golpe militar, foi criada uma comissão nacional da verdade, que, em seu relatório, citou o nome do sr. Almonacid. Houve um pedido público de perdão pelo presidente do Chile, a concessão de direito a pensão vitalícia à viúva, e a reparação econômica e educacional aos filhos, incluído o ensino superior e benefícios de saúde. O sr. Almonacid foi homenageado com o seu nome utilizado para designar uma rua e uma vila, além de sua inclusão no Memorial do Cemitério de Santiago.

Após a contextualização, que procurou demonstrar que foram adotadas várias medidas de reparação à família do sr. Almonacid e à sua memória, é importante enfatizar que a Corte não deixou de reconhecer o descumprimento dos deveres gerais contidos nos arts. 1.1 e 2, referentes à obrigação estatal de respeitar os direitos previstos no pacto

e de adotar disposições de direito interno que com ele se compatibilizem, e nos arts. 8.1 e 25.1, relativos a garantias judiciais e a concessão de proteção judicial, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Interessante, ainda, a leitura mais detida do julgado da Corte quanto à vigência e aplicação do Decreto-Lei 2.191, a lei chilena de anistia. Considerou-se que a execução extrajudicial do sr. Almonacid configura um crime contra a humanidade, que pode ser cometido em tempo de paz ou de guerra e tem como referência teórica o Tribunal de Nurembergue. A Corte também declarou que a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade tem natureza de *jus cogens*, ou seja, norma que se impõe objetivamente ao Estado, obrigando-o independentemente de seu consentimento (REZEK, 2010). Após citado um precedente da Corte de Estrasburgo, o caso *Kolk e Kislyiy contra a Estônia*, ressaltou-se que a execução do sr. Almonacid ocorreu no pior período da ditadura, simplesmente por ter sido visto como opositor político, o que caracteriza o crime de lesa-humanidade.

No ponto que mais interessa ao tema da anistia, foi declarada expressamente a impossibilidade de anistiar crimes de lesa-humanidade, com menção a precedente do Tribunal Penal Internacional, o caso *Promotora vs. Erdemović*, e a conclusão de que toda a humanidade é vítima de referidos crimes. Citou-se, ainda, a posição da Assembleia Geral da ONU desde 1946 no sentido de que os responsáveis por tais violações de direitos humanos devem ser punidos, além de se citar que o Conselho de Segurança já havia se manifestado sobre a obrigação dos Estados de cooperarem para a investigação e persecução desses crimes. Foi mencionada, ainda, a afirmação do Secretário Geral da ONU de que os acordos de paz não podem prever anistia por crimes contra a humanidade, concluindo a Corte, na sequência, que constitui dever do Estado impedir que as violações de direitos humanos fiquem impunes.

Sobre a vigência do Decreto-Lei a partir de 21/08/1990, a Corte de São José decidiu que o decreto-lei, veículo da anistia chilena, não poderia seguir surtindo efeitos, pois sua vigência levaria à falta de proteção às vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes contra a humanidade. Sobre a sua aplicação pelo Judiciário chileno, foi dito que, ainda que os juízes estejam sujeitos ao império da lei, também estão submetidos aos tratados assinados pelo Estado, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Foi, então, reconhecido o direito da viúva e dos filhos da vítima à *restitutio in integrum*, com investigação e julgamento dos responsáveis; compensação econômica por danos morais e materiais e publicação da sentença como medida de reparação do dano imaterial. Sobre a persecução penal dos responsáveis pela execução do sr. Almonacid, foi expressamente ressalvado que se trataria de exceção ao *ne bis in idem*, de modo que a coisa julgada não poderia impedir a sua punição.

É interessante destacar o voto apartado do juiz brasileiro Cançado Trindade, que se dedicou a defender a falta de validade das leis de anistia em caso de graves violações de direitos humanos. Citando o precedente *Barrios Altos contra o Peru*, o juiz considera que se tratou, na verdade, de uma autoanistia, consistente em uma aberração jurídica que não satisfaria os requisitos de lei, por carecer de generalidade e abstração. Entendeu, ainda, a existência de violação de *jus cogens* e desrespeito aos direitos à verdade e à justiça, com desconsideração do sofrimento das vítimas e criação de obstáculo ao direito às reparações adequadas. Usando o precedente *Massacre de Pueblo Bello contra a Colômbia*, defendeu que o acesso à justiça constitui norma de *jus cogens*.

O precedente *Almonacid Arellano e outros contra o Chile* deixa claro que a Corte Interamericana considera inválidas as leis de anistia que concedem o perdão estatal a agentes públicos envolvidos em graves violações de direitos humanos em períodos de ruptura institucional. É de se notar que, nesse julgamento, o Chile já havia adotado várias medidas de reparação, inclusive por meio de comissão da verdade, além de ter havido um pedido público de perdão do seu chefe de Estado. Para a Corte, as medidas adotadas não bastavam, sendo necessária a persecução penal dos responsáveis como forma de garantir o respeito futuro aos direitos humanos previstos no Pacto de São José e de efetivo acesso à justiça pelas vítimas.

Como foi citado como precedente no julgamento estudado, cumpre mencionar o que a Corte decidiu sobre anistia no caso *Barrios Altos contra o Peru*. De forma bastante sucinta, o julgado remete a um ataque ocorrido, em 1991, na vizinhança Barrios Altos, na cidade de Lima, em que várias pessoas em uma festa foram surpreendidas por indivíduos com balaclavas, que chegaram em veículos com sirenes e luzes policiais. Após determinarem que as vítimas se lançassem ao chão, os agentes atiraram contra elas, matando 15 pessoas e ferindo outras 4. Foram

posteriormente identificados como membros do Exército peruano que atuavam para o Grupo Colina, um grupo de extermínio sob a ideologia antissubversiva. Apurou-se, ainda, que o ataque foi praticado contra supostos membros do Sendero Luminoso, o partido comunista do Peru.

Após o início de uma investigação no Senado sobre os fatos, foi dado o golpe de Estado por Alberto Fujimori e, assim, foi instituído o *Governo de Emergência e Reconstrução Nacional*, tendo sido dissolvido o Congresso, cuja nova formação não retomou a apuração. Somente em 1995 o Ministério Público denunciou 5 oficiais do Exército como responsáveis pelos fatos, perante a Justiça Comum, o que levou a uma disputa sobre a competência da Justiça Militar. Entretanto, antes que a questão fosse resolvida, foi aprovada a lei de anistia, a Lei 26.479, pelo Congresso peruano, a qual exonerava de responsabilidade aqueles que, fossem civis ou militares, houvessem concorrido para violações de direitos humanos de 1980 a 1995.

Com base em um dispositivo da Constituição peruana, que previa que os juízes deveriam deixar de aplicar as leis não compatíveis com a Constituição, a juíza responsável pelo processo decidiu que a anistia não era aplicável aos 5 oficiais, em razão de violar garantias constitucionais e obrigações internacionais impostas ao país pela Convenção Americana. Horas depois da decisão, a chefe do Ministério Público declarou que a decisão estava equivocada, que o caso *Barrios Altos* seria encerrado, que a lei de anistia possuía estatura de lei constitucional e que os juízes e promotores que não seguissem a lei poderiam ser processados criminalmente.

Ante a continuidade do processo por decisão da juíza, foi interposto recurso e, nesse ínterim, o Congresso aprovou uma segunda lei de anistia, a Lei 26.492, especialmente dirigida a interferir na atuação judicial do caso *Barrios Altos* e com a expressa disposição de não ser possível sua revisão pelo Judiciário. Na sequência, o tribunal responsável pelo recurso interposto deliberou pelo arquivamento definitivo do processo, além de determinar a investigação da juíza de primeira instância por interpretação incorreta das normas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando o caso *Barrios Altos contra o Peru*, entendeu serem inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição e de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. Concluiu que, no caso narrado, houve violação dos direitos das vítimas de serem ouvidas por um juiz e de obterem proteção judicial, além de ter havido desrespeito à garantia dos direitos dos indivíduos, conforme art. 1.1 da Convenção, e da obrigação estatal de adequar o seu direito interno, nos termos do seu art. 2.

Também foi dito que o Peru impediu as vítimas sobreviventes, suas famílias e os familiares das vítimas fatais de conhecerem a verdade, o que seria possível por meio da investigação e julgamento dos responsáveis. As leis de anistia peruanas foram declaradas incompatíveis com a Convenção e foi determinado que o Estado deveria investigar os fatos, dar publicidade ao que for apurado e sancionar os responsáveis, além de ter sido determinado que as partes, no prazo de três meses, definissem conjuntamente o valor pela reparação dos danos causados às vítimas.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se orienta pela invalidade de leis de anistia que isentem de responsabilidade os responsáveis por graves violações de direitos humanos, independentemente de argumentos relacionados ao direito interno e inclusive com ressalva expressa de não aplicação do princípio do *ne bis in idem*. A Corte considera, ainda, que a permanência de referidas leis após o compromisso internacional do Estado com o Pacto de São José, ao impedir as investigações e punição dos responsáveis, viola o seu conteúdo, razão pela qual cabe ao Estado adequar sua legislação e permitir a condenação criminal dos responsáveis.

Por fim, cabe mencionar que o Brasil também foi condenado pela Corte no caso *Gomes Lund e Outros contra o Brasil*, também conhecido como caso “Guerrilha do Araguaia”, em que, dentre outras sanções, a Corte determinou ao Estado conduzir, de forma eficaz, a investigação sobre as infrações cometidas e lhes aplicar as sanções previstas em lei, buscar desvendar o paradeiro das vítimas e entregar os restos mortais aos familiares, criminalizar a conduta de desaparecimento forçado de pessoas, além da fixação de reparação por danos materiais e imateriais e pelas despesas processuais.



### 4.3 O processo penal como meio de se obter a verdade para as vítimas

Um dos argumentos utilizados a favor da persecução penal dos violadores de direitos humanos durante períodos ditatoriais, ainda que anistiados por seus correligionários, é a busca da verdade. Em virtude do direito das vítimas e de seus familiares de saberem o que aconteceu efetivamente e quem foram os responsáveis, a Corte Interamericana tem decidido que o processo penal é o único meio válido de se atingir a verdade, especialmente sob um critério de responsabilização criminal, razão pela qual a investigação e a persecução penal em juízo dos responsáveis seriam a forma adequada de se reparar as graves violações cometidas contra a Convenção. Foi o que se decidiu no caso *Barrios Altos contra o Peru*, em que se determinou a investigação e punição dos responsáveis como forma de satisfazer o direito das vítimas a saberem a verdade. A relação entre processo penal e a verdade, entretanto, não é tão simples.

Alguns processualistas penais, como Aury Lopes Jr. (2019), negam que a verdade seja o parâmetro do processo penal. Fazendo uma incursão na sociedade de risco de Ulrich Beck, o autor defende que o processo se insere nesse cenário de instabilidade, de modo que deve ser visto como “uma situação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco e do *giuoco*”. Isso porque se relaciona o mito da verdade real com a estrutura de um sistema inquisitório, associando-o a sistemas políticos autoritários e a busca da verdade a qualquer custo, inclusive por meio da tortura (FERRAJOLI, 2018).

Essa defesa da desvinculação entre verdade e processo penal não é unânime. É possível defender uma relação entre processo e verdade dentro das regras do devido processo legal. É a conclusão que se depreende da correlação entre modelos de direito penal e a busca da verdade presente na obra do grande precursor da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli (2018). Para ele, o modelo substancialista do direito penal busca uma *verdade substancial ou material*, absoluta e onicompreensiva, que pode ser perseguida sem os rígidos limites procedimentais. Por outro lado, a verdade buscada pelo modelo formalístico, como fundamento de uma condenação, é a *verdade formal ou processual*, alcançada por meio de regras precisas e circunstâncias definidas pela lei como penalmente relevantes. Com essa diferenciação, o jurista italiano conclui que, se uma justiça penal voltada estritamente à verdade constitui uma utopia, uma justiça penal totalmente sem relação com a verdade equivale a um *sistema de arbítrio*.

Nessa linha de raciocínio, Gustavo Badaró (2019) explicita que aceitar a teoria da verdade como correspondência, e não como coerência, traduz-se em priorizar o aspecto demonstrativo da prova em detrimento de sua função persuasiva. Com a ressalva de que não se pode atingir a verdade absoluta, o processualista toma a verdade como princípio regulador e como critério conceitual que justifica a própria atividade probatória, mesmo que haja possibilidade de erro. Por isso, a relação entre verdade e prova não seria conceitual, mas teleológica, guiando a instrução probatória em busca de se reconstituir, nos autos, aquilo que efetivamente aconteceu. Entretanto, conclui o autor, a verdade não é o objetivo maior do processo penal, não podendo ser perseguida a qualquer custo ou a qualquer preço, mesmo porque as garantias do devido processo devem, obviamente, ser respeitadas.

Sobre o tema, Mariângela Gomes (2018) faz interessante diferenciação entre os papéis que o juiz e o historiador exercem na descoberta da verdade, apontando que o primeiro está limitado pelos critérios de relevância jurídica voltados especificamente ao processo. Enfatiza, ainda, que a conclusão a que pode chegar o juiz, em sua caminhada em busca da verdade, está restringida pelos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, concluindo ser problemática a defesa do processo penal como meio de as vítimas descobrirem a verdade do que aconteceu durante períodos ditatoriais de desrespeito de direitos humanos.

Por isso, ainda que se considere possível, como visto, a busca da verdade no processo penal, é bastante questionável se essa atividade jurisdicional atende aos interesses das vítimas e seus familiares de saberem o que efetivamente aconteceu em períodos de repressão estatal. Tomada a verdade como correspondência para a atividade probatória no processo penal, será ela utilizada como parâmetro para análise das provas produzidas, e não como objetivo principal do processo. Além das garantias processuais penais que limitam a produção da prova, a própria regra do *in dubio pro reo* limita a investigação sobre fatos históricos no curso do processo penal.

Portanto, ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos seja o intérprete oficial da Convenção e, desse modo, sua leitura sobre os direitos e garantias assegurados no sistema americano seja a que prevalece e que deve ser observada, isso não impede o questionamento de seus pressupostos teóricos. A busca da verdade para as

vítimas, por meio do processo penal, é bastante limitada, de modo que o acesso aos documentos governamentais dos períodos ditatoriais pode ser muito mais útil para a compreensão das violações de direitos humanos e até mesmo para que as famílias possam, finalmente, velar os corpos dos seus entes queridos, se o caso.

## 5 A anistia e o direito penal e processual penal

Apesar de a jurisprudência de direitos humanos e as garantias penais e processuais penais possuírem vários pontos críticos, como a imprescritibilidade dos delitos, serão analisados dois aspectos principais: a irretroatividade da norma penal incriminadora e os limites da coisa julgada. Isso porque as duas abordagens representam um conflito, ainda que aparente, entre as garantias estabelecidas e a jurisprudência internacional, em áreas nas quais, em princípio, não há exceção possível no direito interno. A prescrição dos crimes, por sua vez, é excepcionada no próprio texto constitucional brasileiro, como ocorre no caso do racismo, razão pela qual a criação de uma nova exceção no caso de graves violações de direitos humanos não parece trazer efeitos tão relevantes no sistema de garantias penais e processuais penais.

### 5.1 Problemas de irretroatividade da lei de anistia e a sua nulidade

Quanto à necessidade de condenação criminal dos responsáveis por atos praticados durante as rupturas institucionais, Flávia Piovesan (2009) destaca que, em se tratando de crime de tortura, há uma violação da ordem internacional, o que, por sua extrema gravidade, torna a infração insuscetível de anistia ou prescrição. A tortura, lembra a autora, é crime de lesa-humanidade, que a ordem internacional considera imprescritível e exige, do Estado, “o dever de investigar, processar, punir e reparar a violação perpetrada, assegurando à vítima o direito à justiça e o direito à prestação jurisdicional efetiva”.

Ainda que haja a imprescritibilidade do crime de tortura, prática frequente na ditadura militar brasileira, há um ponto de divergência entre o direito penal interno e a necessidade de punir determinada pessoa por um delito cometido anteriormente, mas já anistiado: a irretroatividade da lei penal mais gravosa. Trata-se de consequência direta do princípio da legalidade, que não admite a retroatividade de lei que altere a criminalização, tornando-a mais rigorosa, nem mesmo a variação da jurisprudência que modifique, em prejuízo do acusado, o próprio sentido da proibição ou da própria determinação extraída da norma penal incriminadora (TAVARES, 2020).

Para Claus Roxin (2008), com a proibição da retroatividade vedam-se a punição de um ato que não era punível ao tempo de seu cometimento, a introdução retroativa de uma sanção penal de natureza mais grave a uma conduta que já era punível à época, bem como se proíbe o fato de se agravar uma pena dentro de uma mesma classe, por exemplo, com aumento de 5 para 10 anos de prisão. O penalista ressalta que, com a vedação da retroatividade, evita-se a produção de leis *ad hoc*, voltadas a aplacar uma convulsão política por meio de punição de fatos escandalosos já praticados. Por isso, considera uma exigência irrenunciável do próprio Estado de Direito.

Esse princípio já foi questionado após a Segunda Guerra Mundial, com julgamentos de militares nazistas por delitos de lesa-humanidade, ainda que não houvesse uma previsão legislativa explícita e clara. No âmbito interno, o regime social-nacionalista era direcionado a atrocidades contra a humanidade, o que demonstra que o positivismo não poderia evitar nem mesmo possibilitar a punição dos atos praticados por seus agentes. Por outro lado, ainda não havia um direito penal internacional bem definido, com explicitação dos crimes considerados como violações graves de direitos humanos, nem mesmo uma corte já instituída para seu julgamento — como hoje ocorre com o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional.

Enrique Bacigalupo (2009) também aponta o princípio da legalidade como problema da confluência do direito penal nacional e dos delitos previstos no direito internacional. O autor ressalta haver uma especial relação entre o princípio penal e os crimes contra a humanidade, definidos esses como os crimes cometidos, massiva ou sistematicamente, contra a população civil, com execução amparada no próprio aparato estatal. Quanto aos julgamentos de Nurembergue, ressalta ter ficado definido que o direito internacional pode impor deveres aos indivíduos, sendo, pois, irrelevante que o ato contrarie ou não o direito nacional, já que isso não exime de responsabilidade no plano internacional até mesmo em razão dos costumes internacionais.

O autor traz ainda interessante paradoxo de fundo: recorreu-se à possibilidade de retroação da lei penal para a punição dos crimes praticados sob o regime nazista, ao tempo em que o mais forte argumento para rechaçar a flexibilização da irretroatividade foi a insensibilidade do nacional-socialismo a respeito de vedação dos efeitos retroativos de normas penais. Ou seja, os próprios nazistas não respeitavam a retroatividade da lei penal, como se exemplifica com a execução retroativa da pena de morte prevista na *Lex van der Lubbe*, de 29 de março de 1933 (BACIGUALUPO, 2009).

Quanto ao que Bacigualupo (2009) denomina de *crimes de Estado*, dentre os quais se incluem os crimes contra a humanidade, a retroatividade da lei penal constitui uma resposta ao fato de que os que concorreram para a sua prática agiram sob o amparo de um governo ilegítimo ou por meio da desnaturalização, sob a luz do direito interno ou do direito internacional, de um governo legítimo. No âmbito europeu, destaca o parágrafo 2 do art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual, com o fim de legitimar os julgamentos de Nurembergue, firmou que sua previsão não impediria o julgamento e punição de uma pessoa culpável que praticou uma conduta que, ao tempo de sua prática, era delito conforme os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Nesse ponto, há uma diferença entre o sistema europeu e o interamericano, já que este último não traz a exceção para possibilitar a punição de delitos anteriores. O art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica traz o princípio da legalidade, determinando que ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Também se veda a imposição de pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Por fim, fala-se na retroatividade da lei penal mais benigna, ao estipular que, depois de perpetrado o delito, a lei que estipular a imposição de pena mais leve deverá beneficiar o delinquente.

Quando a Corte Interamericana determina que o Estado deve adequar seu direito interno à Convenção, revogando suas leis de anistia, mesmo que aprovadas antes de o Estado a ratificar, está deixando claro que não vê problemas em determinar a punição de condutas praticadas anteriormente à mudança legislativa. O argumento mais utilizado é o de que as leis de anistia são inválidas, seja por normas de *jus cogens*, seja pela posterior submissão do país ao Pacto de São José.

De fato, uma lei que conceda anistia, ainda que seja válida do ponto de vista do direito interno, deve ser submetida a um controle de convencionalidade, cuja exercício autêntico, no caso da Convenção, é feito pela Corte Interamericana (RAMOS, 2014). Por isso, se nula a lei, por confrontar um tratado de direitos humanos, ela não pode produzir o efeito válido de extinguir a punibilidade. Ocorre que esse raciocínio não leva em conta o aspecto temporal da própria lei de anistia e da posterior ratificação da Convenção, o que deixaria a questão restrita à invalidade da isenção de responsabilidade de crimes contra a humanidade em virtude das normas de *jus cogens*.

Não se questiona que a interpretação da Corte prevalece e deve ser cumprida. A questão que remanesce é o efeito dessa conclusão na dogmática penal, que passa a ser passível, em uma análise técnica, de uma retroatividade mais gravosa a partir de uma interpretação realizada *a posteriori*, ainda que o tratado de direitos humanos seja ratificado depois da lei. Outra conclusão possível é que uma norma de *jus cogens* pode invalidar uma lei mais benéfica ao acusado, se com ela incompatível, o que pode resolver o problema da retroatividade, mas abre margem para uma indefinição maior, passando a ser válida uma lei penal mais benéfica apenas se compatível com as normas inderrogáveis da ordem internacional, e não apenas a Constituição e os tratados vigentes à época de sua aprovação.

## 5.2 A coisa julgada, o *ne bis in idem* e os casos anistiados

Outro ponto de conflito entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional diz respeito a um princípio de direito processual, referente ao princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição pelo mesmo fato, a dupla valoração do mesmo fato para punição do indivíduo e a dupla persecução penal pela acusação do mesmo fato. Por isso, a proteção da coisa julgada é uma de suas consequências, de modo que a absolvição ou extinção da punibilidade, após esgotados os prazos recursais ou os recursos cabíveis, não pode ser rediscutida.

A coisa julgada é compreendida, a partir da lição de Enrico Tullio Liebman, como uma qualidade da própria sentença ou um modo de ser e de manifestarem-se os seus efeitos, que variam conforme a categoria. No caso da sentença criminal, há uma diferenciação quanto à regulamentação da sua rescindibilidade, que não se admite em

caso de sentença absolutória (*apud* GRINOVER, 1978). Gustavo Badaró (2020, p. 658-659) diferencia a coisa julgada formal, referente à imutabilidade da sentença no próprio processo, e a material, consistente na imutabilidade dos efeitos da sentença. Verificado o trânsito em julgado do processo, o ordenamento jurídico brasileiro só admite a revisão criminal a favor do réu, e nunca contra ele (OLIVEIRA, 2017).

Mencionando os casos *Barrios Altos contra o Peru* e *Almonacid Arellano e outros contra o Chile* (2006), Mariângela Gomes (2018) observa que as leis de anistia foram consideradas incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana sob o viés de deixarem as vítimas de violações de direitos humanos indefesas. A autora ressalta que a Corte, desse modo, justificou o afastamento da garantia do princípio do *ne bis in idem*, ao admitir e exigir a reabertura de investigações, mesmo se existente coisa julgada.

Há, nesse caso, um conflito com o ordenamento jurídico interno, que veda a revisão criminal chamada *pro societate*, ou seja, nos casos de absolvição criminal. Mais uma vez se deve frisar que não se questiona a obrigação do Brasil em cumprir a determinação da Corte Interamericana, mas apenas os efeitos da decisão sobre as garantias processuais penais. Surge, assim, uma possibilidade de revisão criminal *pro homine*, caso a sentença absolutória tenha sido proferida em caso de graves violações de direitos humanos, mormente com base em leis de anistia de períodos ditatoriais.

O questionamento, entretanto, envolve até a própria jurisprudência da Corte Interamericana, com relação ao art. 8.4 da Convenção. O dispositivo determina que o acusado que for absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. A esse respeito, no caso *Loayza Tamayo contra o Peru* (2001), a Corte ressaltou que o princípio do *ne bis in idem* visa a proteger os direitos dos indivíduos que foram processados por determinados fatos para que não voltem a sofrer persecução penal pelos mesmos fatos. Considerou-se que, ao absolver a sra. María Elena Loayza Tamayo (2001) pelo crime de traição à pátria na Justiça Militar, não poderia o Peru tê-la condenado posteriormente pelo crime de terrorismo, com base nos mesmos fatos, na Justiça Comum.

A determinação, pela Corte de São José, de persecução penal em juízo dos envolvidos em graves violações de direitos humanos excepciona uma garantia processual penal existente no direito interno brasileiro e na própria Convenção, além de contrariar o seu próprio precedente sobre a extensão do *ne bis in idem*. Considerando que a Corte é o intérprete autêntico e a sua interpretação deve ser seguida como forma de se garantir uma proteção verdadeiramente internacional dos direitos humanos, o princípio do *ne bis in idem* e a garantia da coisa julgada ganham uma nova configuração.

Vale recordar que a Corte, como bem adverte André de Carvalho Ramos (2013), estabelece uma obrigação internacional de resultado, cabendo ao Estado cumprir, com seus mecanismos, a decisão tomada. Por isso, resta ao Brasil possibilitar uma revisão criminal *pro homine*, ou seja, nos casos de graves violações aos direitos humanos, seja por meio de uma regra de não existência de coisa julgada com base em leis inválidas, seja por meio de previsão expressa de cabimento de revisão criminal nesses casos.

## 6 Um viés punitivista da jurisprudência internacional de direitos humanos

Nota-se, então, que há uma relação dicotômica entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal, já que os primeiros exercem sobre os últimos uma função defensiva e uma função ofensiva. Isto é, ao mesmo tempo em que há proteção dos direitos decorrentes da natureza humana frente ao poder punitivo do Estado, os tratados de direitos humanos passaram a exigir, em uma vertente ofensiva, a punição dos responsáveis por crimes de lesa-humanidade, sob pena de inefetividade dos direitos humanos ante a impunidade de sua violação (TULKENS, 2011, p. 577-596).

Essa necessidade de punição dos crimes de lesa-humanidade, a partir do reconhecimento de determinados direitos às vítimas, possui o potencial de anular os direitos penais e processuais penais dos acusados, como adverte Gomes (2018). A partir dessa concepção, a autora faz diversos questionamentos, como, ao citar Ezequiel Malarino, se a concepção de reconhecimento de um princípio *pro victima* não converteria o princípio *pro homine* em *contra homine*, bem como, com base na doutrina de Alicia Gil Gil, se essa retribuição obrigatória não transformaria o direito estatal de punir, o *ius puniendi*, em obrigação de punir, um *officium puniendi*.

Nesse contexto, é de se observar que a Corte tem enfatizado a necessidade de se punirem as graves violações de direitos humanos em nome de um direito da vítima à verdade, concebida como aquela que advém do processo penal, e de acesso à justiça, por meio da sanção penal dos seus algozes. Ocorre que essa punição, como uma obrigação de resultado imposta ao Estado (GOMES, 2018), interfere na dogmática do direito penal, especialmente na norma da irretroatividade da lei penal mais gravosa, e nas garantias processuais penais, notadamente nos casos em que o agente já foi absolvido ou teve a seu favor a decretação da extinção da punibilidade, o que afeta o princípio do *ne bis in idem*.

As decisões da Corte, portanto, ao protegerem determinados direitos a todo custo, levam ao necessário sacrifício de outros, criando exceções aos direitos já consagrados e que limitam o poder de punir do Estado. Há, portanto, um efeito protetor reverso: para proteger determinados direitos, de relevância inquestionável e que são violados notadamente por governos antidemocráticos, outras garantias do homem contra o Estado devem ser flexibilizadas, como a irretroatividade da lei penal e o princípio do *ne bis in idem*.

A proteção absoluta, exigindo não apenas a persecução dos acusados, mas muitas vezes sua efetiva punição, gera efetivamente uma obrigação de resultado, de modo que apenas a condenação penal satisfaz a proteção regional de direitos humanos vigente na América. Essa posição leva a uma flexibilização de outros direitos, criando um efeito reverso. Isto é, protegem-se alguns direitos da vítima em razão da sua violação por agentes do próprio Estado, especialmente em períodos de ruptura institucional, de uma maneira pela qual outros direitos precisam ser reformulados e flexibilizados, direitos que representam garantias de todos os acusados perante o Estado, então já redemocratizado.

## 7 Conclusão

O direito, como conjunto de normas que disciplinam o convívio social, é um só, ainda que as normas possam advir de compromissos internacionais do Estado e dos seus próprios órgãos, no âmbito interno. A disciplina da vida dos cidadãos ocorre de forma conjunta, de modo que os seus efeitos os atingem igualmente, seja por uma lei aprovada pelo Legislativo nacional, seja por um tratado internacional ratificado por grande pressão internacional.

O Estado, entretanto, compromete-se a cumprir as determinações dos tratados de direitos humanos, como o Pacto de São José, sem poder alegar normas de direito interno como salvo-conduto para justificar eventual violação. Por isso, garantias penais e processuais penais do direito nacional não são invocáveis perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos como óbices para persecução penal e devida punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. Leis de anistia que materializem indulgência a agentes envolvidos em crimes contra a humanidade, portanto, são inválidas e não impedem a responsabilização penal.

O que se deve questionar, sem prejuízo do acatamento pelo Brasil das decisões da Corte Interamericana, são os pressupostos jurídicos que levam à flexibilização da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da vedação do *bis in idem*, além da compreensão do processo penal como meio de se satisfazer o direito das vítimas à verdade. Por um lado, é bastante questionável a funcionalidade do processo penal como meio de obtenção da verdade. Por outro, a necessidade de punição dos agentes, independentemente das circunstâncias do caso e de eventual coisa julgada, leva a uma reestruturação dos princípios e regras que limitam o poder de punir do Estado, uma das principais justificativas para o reconhecimento dos direitos humanos.

A autêntica interpretação dos direitos humanos no sistema regional que o Brasil integra é feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra a sua importância e o seu papel na garantia do núcleo essencial de direitos a que todo indivíduo faz jus apenas por ter nascido *homo sapiens*, por ser um membro da humanidade. Por isso, a hermenêutica dos direitos deve ser cautelosa e reflexiva, pois a forma de se protegerem determinadas pretensões pode desabrigar outras, igualmente reconhecidas como essenciais à dignidade humana, em um efeito protetor reverso: a proteção de direitos por meio da negação de outros.

## 8 Referências

BACIGUALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- CARVALHO FILHO, Aloysio de. Comentários ao código penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 4, arts. 102 a 120, 1944.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. *Sentencia* de 4 de septiembre de 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Peru. *Sentencia* de 14 marzo de 2001. (Fondo). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. *Sentença* de 24 de novembro de 2010. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. *Sentencia* de 17 de septiembre de 1997. (Fondo). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. Organização das Nações Unidas. Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia. *The Prosecutor v. Erdemović*. Judgement of 5 march 1998. Cases. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts980305e.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 11. ed. Roma: Editori Laterza, 2018.
- FRANÇA. Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Kolk e Kislyiy v. Estonia. *Decision* of 17 January 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Kolk%20and%20Kislyiy%20v.%20Estonia%22%2Ddocumentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22%2Ditemid%22:%5B%22001-72404%22%2D%22%7D>. Acesso em: 23 set. 2020.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Coordenação Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 11).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.
- LIZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamento do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. Equilibrando julgamentos e anistias na América Latina: perspectivas comparativa e teórica. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, jul./dez. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos. A lei de anistia: o caso brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, jul./dez. 2009.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões e Dobra Editorial, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Thomson Reuters, 2008. Tomo I.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, n. 3, p. 577-596, jul. 2011.