



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Maíra Batista de Lara

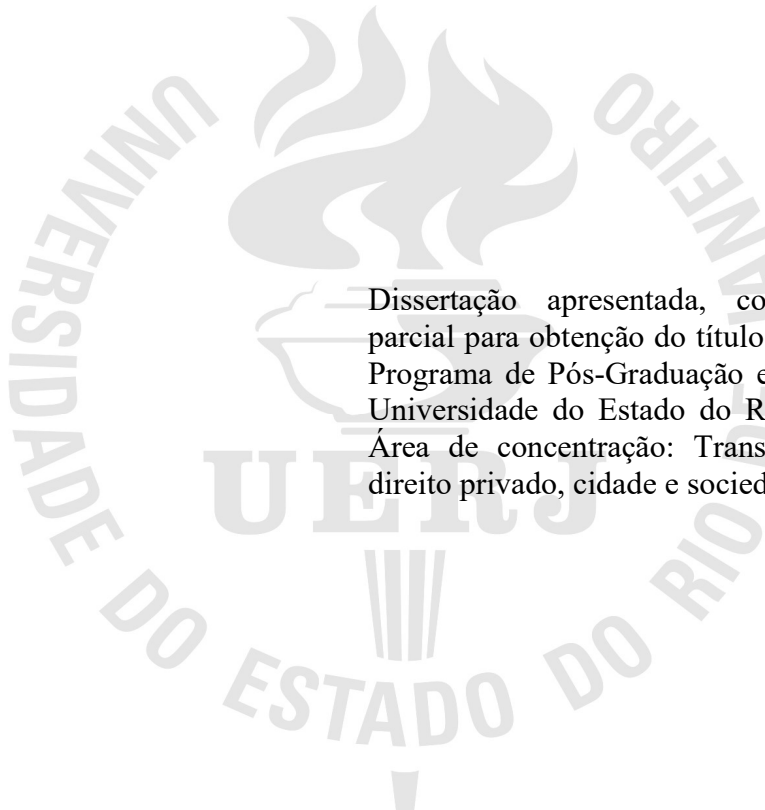
**O instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição:  
contornos e limites para a sua aplicação**

Rio de Janeiro

2015

Maíra Batista de Lara

**O instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição: contornos e limites  
para a sua aplicação**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L318 Lara, Maíra Batista de.

O instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição : contornos e limites para a sua aplicação / Maíra Batista de Lara – 2015.  
155 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Anistia - Teses. 2. Justiça de transição - Teses. 3. Direitos humanos - Teses. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.293

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Maíra Batista de Lara

**O instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição: contornos e limites  
para a sua aplicação**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: transformações do direito privado, cidade e sociedade.

Aprovada em 27 de julho de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Carolina de Campos Melo  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
2015

## DEDICATÓRIA

Dedico à minha mãe, por todo o amor e por todo o carinho.

À minha irmã, grande companheira de jornada terrena, minha inspiração e meu ombro!

Dedico aos alunos que tive (e terei) especialmente aos alunos da Fundação Dom André Arcoverde pela troca de aprendizado e pela experiência tão enriquecedora.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pela constante proteção. Sou grata pelas pessoas tão especiais que foram colocadas em meu caminho. Pessoas que fizeram total diferença na minha vida e na minha pesquisa.

De início gostaria de agradecer ao meu orientador professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú por todo o apoio, pelas orientações tão valiosas para os trabalhos acadêmicos e igualmente importantes para a vida. Muito obrigada, professor, por me ensinar tanto em todos esses anos de convivência, por confiar no meu trabalho e me incentivar a seguir.

Agradeço, de forma muito especial, ao professor Rodrigo de Souza Costa por toda paciência, compreensão e auxílio na pesquisa. Obrigada por suas contribuições para a melhoria do trabalho, por me ouvir e por todo apoio. Muito obrigada!

Gostaria de agradecer ao professor Davi Tangerino pelas contribuições e cujas lições durante o mestrado foram tão importantes. Devo mencionar também minha gratidão ao professor Lauro Joppert Swensson Jr. por toda sua atenção e auxílio com o material para pesquisa.

Agradeço à minha mãe por toda a compreensão; por entender a porta fechada do quarto, as constantes preocupações e os momentos de estresse. Foi muito importante para mim ter o seu incansável apoio, paciência e cuidado.

À minha irmã, Laísa, não é exagero nenhum dizer que esta dissertação não teria saído se não fosse o seu apoio, o seu companheirismo, a sua presença, o seu ombro, sua incessante participação nos meus estudos, pelas nossas trocas. Agradeço muito por tudo! Ter você como irmã é maravilhoso!

Gostaria de agradecer ao meu pai, que constantemente se interessava pela minha pesquisa, lia meus textos e sempre procurava ajudar. Obrigada por esse apoio.

Agradeço de modo muito especial à amiga Flávia Sanna. Tive a oportunidade de conhecê-la na minha graduação e construir uma bela amizade. Obrigada por cada momento desde o dia no qual falei que iria fazer a prova do mestrado. Obrigada pelo companheirismo, pelo grande apoio, incentivo, pelos livros, pelo ouvido de tantas vezes. Obrigada por tudo isso, com você o caminho do mestrado ficou mais leve!

Agradeço aos amigos do mestrado, em especial à Orlandino, Karla e Paulo pelo auxílio em tantos momentos. Agradeço também às pessoas que conheci na Fundação

Getúlio Vargas as quais tanto me enriqueceram. O diálogo com a professora Paula Almeida, Katarina e Samanta foram muito importantes em minha pesquisa.

Em especial, agradeço à professora Adriana Freitas, meu constante modelo de inspiração e a Débora Alves pelo auxílio tão necessário. Agradeço aos meus amigos pela compreensão e pela presença (mesmo à distância), pelo carinho e por toda a ajuda. De modo especial agradeço à Larissa Botelho, João Gabriel, Roberta, Raphael, Marcelle, Isadora, Talita, Rainer, Bruna, Yuri, Letícia e Aline Ennes, todos vocês contribuíram (cada um a seu modo) para este momento, com gestos, palavras, abraços e atitudes que fizeram toda a diferença.

A Margareth Salgado por todos estes anos de conversas e reflexões que me fizeram aprender muito. A Alexandre pelo incentivo e constante encorajamento.

Por fim, aos funcionários da secretaria de pós-graduação *stricto sensu*, Sonia e Vinícius e aos funcionários da biblioteca do sétimo andar (CCSC) por toda a atenção e comprometimento no desempenho de suas funções.

Quem tentar preservar a sua vida perdê-la-á.

*Lucas 17:33.*



## RESUMO

LARA, Máira B. de. **O instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição: contornos e limites para a sua aplicação.** 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O instituto da anistia no contexto específico da justiça de transição é o objeto da pesquisa. Para compreender a relação estabelecida entre ambos o trabalho aborda o conceito desta justiça demonstrando o surgimento e desenvolvimento da mesma. A partir desta conjuntura é investigado o tratamento dado para a anistia. A internacionalização da proteção dos direitos humanos é elemento fundamental para a compreensão das mudanças ocorridas na aceitação do instituto como parte de processos de transição. Desta forma, o instituto de clemência estatal será estudado inicialmente sob o aspecto teórico. Neste momento será traçado um breve histórico, seu conceito, classificações e objetivos. Em seguida, o instituto será investigado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio dos casos: Barrios Altos vs. Peru, Almonacid Arellano e outros vs. Chile e Gomes Lund e outros vs. Brasil. A partir destes casos será verificado os parâmetros utilizados pela Corte para julgar nulas as leis de anistia concedidas nos referidos países. Estes julgamentos permitirão entender as alterações e os limites que este ato de clemência pode assumir perante o contexto internacional de responsabilização estatal por ilícitos internacionais e responsabilização de indivíduos por crimes internacionais. Por fim, serão investigadas as críticas e apresentados limites para que a anistia auxilie a promover a paz duradoura e a reconciliação nacional. Com tal finalidade serão analisados os aspectos objetivos e subjetivos da concessão da medida, bem como seu instrumento de aplicação.

Palavras-chave: Anistia. Justiça de transição. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos.

## ABSTRACT

LARA, Máira B. de. **The amnesty institute as transitional justice mechanism: the outlines and the limits for its enforcement.** 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The amnesty Institute in the specific context of transitional justice is the main issue of the paper. To understand the relationship established between both the paper deals with the concept of the emergence and development of this justice. From this situation the treatment for amnesty is investigated. The internationalization of human rights protection is fundamental to understand the changes in the acceptance of the institute as part of transition processes. Thus, the state clemency institute will be studied at first from a theoretical aspect. At this point, a brief history will be traced, as well as its concept, classification and objectives. Then, the institute will be investigated under the Inter-American Court of Human Rights, through the cases: *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano and others vs. Chile* and *Gomes Lund and others vs. Brazil*. From these cases it will be checked the parameters used by the Court to judge void the amnesty laws granted in those countries. These judgements will allow to understand the changes and limits this act of clemency can take before the international context of state accountability for international wrongs and accountability of individuals for international crimes. Finally, the critical limits will be investigated and presented for the amnesty to assist the promotion of lasting peace and national reconciliation. To this purpose it will be analyzed the objective and subjective aspects of the granting of the touchstone and its implementation tool.

Keywords: Amnesty. Transitional Justice. Inter-American Court of Human Rights. Human Rights.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1</b>	<b>A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONCEITO E DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>16</b>
1.1	<b>O conceito de Justiça de Transição.....</b>	<b>16</b>
1.2	<b>O desenvolvimento da Justiça de Transição.....</b>	<b>24</b>
1.2.1	<u>Primeira fase.....</u>	<b>26</b>
1.2.2	<u>Segunda fase.....</u>	<b>31</b>
1.2.3	<u>Terceira fase.....</u>	<b>34</b>
1.3	<b>A Sistematização de mecanismos: os Princípios de Chicago.....</b>	<b>40</b>
<b>2</b>	<b>ANISTIA.....</b>	<b>48</b>
2.1	<b>Origens e conceito.....</b>	<b>48</b>
2.2	<b>Classificações.....</b>	<b>57</b>
2.2.1	<u>Anistia condicionada e incondicionada.....</u>	<b>57</b>
2.2.2	<u>Objeto da anistia: crime político, eleitoral e militar.....</u>	<b>60</b>
2.2.3	<u>Anistia em branco.....</u>	<b>70</b>
2.3	<b>Efeitos da concessão de anistia.....</b>	<b>72</b>
<b>3</b>	<b>A ANISTIA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</b>	<b>75</b>
3.1	<b>A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>75</b>
3.2	<b>A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>77</b>
3.2.1	<u>Caso Barrios Alto vs. Peru.....</u>	<b>79</b>
3.2.2	<u>Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.....</u>	<b>88</b>
3.2.3	<u>Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.....</u>	<b>96</b>

3.2.3.1	A experiência brasileira com a Lei de Anistia n° 6.683/79.....	101
3.3	<b>Parâmetros Jurídicos para aplicação do instituto da anistia.....</b>	107
4	<b>DELIMITAÇÕES DO INSTITUTO DA ANISTIA COMO MECANISMO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....</b>	111
4.1	<b>Críticas ao instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição.....</b>	111
4.2	<b>Alcance objetivo das anistias.....</b>	124
4.2.1	<u>A vedação para os crimes internacionais.....</u>	125
4.2.2	<u>A vedação para os crimes permanentes.....</u>	130
4.3	<b>Alcance subjetivo das anistias.....</b>	132
4.4	<b>Procedimento para a concessão da anistia.....</b>	137
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	141
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	145

## INTRODUÇÃO

Os constantes conflitos (internos e internacionais) e os regimes autoritários são notoriamente situações nas quais os direitos humanos são constantemente violados. O novo paradigma internacional de proteção a pessoa impulsiona diferentes formas pelas quais os Estados e as organizações internacionais têm atuado nestas situações. Tendo em vista o objetivo de preservar e proteger os indivíduos contra tais violações e de proporcionar a estabilidade institucional aos Estados surge a justiça de transição. Esta se refere aos mecanismos utilizados para reestabelecer a normalidade institucional e a efetiva proteção de direitos.

O presente trabalho cuida do instituto da anistia como um dos mecanismos da justiça de transição. A abordagem visa avaliar quais são as principais dificuldades enfrentadas pelos Estados para conceder anistias nestes momentos específicos de mudança institucional. Desta forma, o estudo se ocupará de investigar o contexto da justiça de transição e a maneira como a anistia é compreendida e utilizada dentro deste contexto e quais são as críticas e limitações que este instituto deve ter para que possa contribuir com as finalidades dessa justiça.

O objetivo da pesquisa é explorar os parâmetros para que a concessão da anistia seja considerada válida em situações de transição. Para alcançar esse objetivo analisou-se os julgados da Corte Interamericana perquirindo quais são os aspectos mais controvertidos das concessões da anistia no plano internacional. O estudo é realizado sob esta perspectiva porque a justiça de transição em sua atual fase apresenta a característica de ultrapassar o âmbito estatal. Este é um dos efeitos promovidos pela expansão da tutela supranacional em matéria de direitos humanos.

A anistia é um instituto utilizado para extinguir a punibilidade de um agente para determinados fatos. As razões para esta clemência eram diversas, dentre elas: Coroações, festividades, entre outras. Por tal motivo inserir o instituto num contexto específico no qual há ingerência internacional implica o reconhecimento de mudanças em sua forma de utilização para que ela seja considerada válida. O escopo da pesquisa centra-se neste ponto: analisar o instituto e perquirir limites os quais têm sido discutidos e enfrentados quando esta é concedida em situações de transição.

Nota-se que o estudo de um instituto tão antigo quanto a anistia deve se ocupar deste novo paradigma internacional de responsabilização Estatal; o intuito é contribuir com os objetivos da justiça de transição e não ser considerado um óbice.

O tema mostra-se relevante em razão da aparente contradição entre a edição da anistia em situações transicionais e a proteção internacional dos direitos humanos. Isto porque, após a Segunda Guerra Mundial a responsabilização pela prática de crimes durante a guerra foi atribuída não apenas aos estados do Eixo, mas também aos indivíduos. Este momento importou profundas mudanças no modo de atuação da sociedade internacional frente as práticas de crimes graves.

A criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como os tribunais de Nuremberg e Tóquio e outros tribunais internacionais *ad hoc* para investigar responsabilidades individuais e diversas convenções e tratados reafirmam a importância da responsabilização. Neste sentido igualmente se desenvolveu os Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos contemplando Cortes Internacionais. Tais cortes pretendem identificar as violações e julgar os Estados impondo, por vezes, o dever de investigar, julgar e punir.

Exemplos destes julgamentos foram observados na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final do período das ditaduras latino-americanas ocorridas durante a Guerra Fria foram concedidas anistias. Entretanto as vítimas ajuizaram ações no âmbito da Corte considerando que a medida acentua as violações praticadas pelo Estado. A Corte nestes casos julgou que as anistias não eram válidas. Diante desta constatação surge uma aparente contradição entre a concessão da benesse e a proteção de direitos humanos. Por isso a questão de quais seriam os parâmetros possíveis para que a anistia seja considerada válida é subjacente a pesquisa.

Importa destacar que quantitativamente as anistias continuam sendo aplicadas nos contextos transicionais. São referenciados diversos motivos para a promulgação da anistia; estes por vezes não são compatíveis com os objetivos propalados pela justiça de transição que são a reconciliação nacional e a paz duradoura.

A pesquisa baseou-se na bibliografia e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema. A partir das quais foi possível estabelecer a definição dos dois assuntos fundamentais à pesquisa: a justiça de transição e a anistia. Assim, pretende-se delinear o instituto da anistia em abstrato para posteriormente inseri-lo como um dos mecanismos possíveis desta justiça. A premissa do estudo foi

identificar a anistia afastando conceitos e elementos que não deveriam integrá-la. A interface entre os dois elementos é identificada a partir destas conceituações.

Ou seja, a partir da análise do conceito e das divergências ainda existentes a respeito da justiça de transição se extrai o problema central da pesquisa. Isto é, a anistia pode ser utilizada como mecanismo da justiça de transição diante do atual cenário internacional de ampliação da obrigação dos Estados de realizar a persecução penal.

Em seguida é feita a análise dos casos da Corte Interamericana. Este capítulo dialoga diretamente com o capítulo anterior na medida em que evidencia a cisão entre a concepção teórica e a aplicação prática do instituto. Além disso, a análise dos casos concretos também permite compreender o resultado alcançado pelas transições realizadas no Peru, Chile e Brasil e quais são os principais problemas das anistias concedidas nestes países.

Foi feita a opção por examinar os casos da Corte Interamericana posto que esta possui um entendimento consolidado sobre anistias em razão da vasta jurisprudência sobre o tema. Ademais, o Brasil está inserido neste sistema de proteção dos direitos humanos e a anistia concedida em 1979 é constantemente questionada como mecanismo da transição nacional. Esta realidade impulsionou a escolha pelo tema da pesquisa. Por fim, após a delimitação dos conceitos e da observância do entendimento jurisprudencial torna-se possível avaliar as críticas e parâmetros possíveis para lhe conferir validade.

Assim, o trabalho se estrutura em quatro capítulos. O primeiro capítulo propõe conceituar a Justiça de transição e apresentar seus desafios e dificuldades. Esta justiça essencialmente se identifica com as formas como os Estados irão cuidar do legado de violências ocorridas em conflitos e regimes autoritários. Pensar a justiça de transição significa identificar mecanismos e instrumentos para abordar as violações e ilegalidades praticadas; o objetivo é reconciliar a nação e constituir um novo regime de governo. Investigar a anistia nesta perspectiva significa situar um instrumento que historicamente é utilizado como exercício da clemência estatal em um contexto no qual o direito internacional reiteradamente propõe a persecução penal como forma de proteção dos direitos humanos.

Este capítulo ocupa-se em demonstrar a construção histórica da justiça de transição a partir do paradigma de responsabilização originado após a Segunda Guerra Mundial. Para este fim, o capítulo abordará a discussão entorno do termo em si, bem como sua construção a partir de momentos históricos que impactaram a maneira como as rupturas autoritárias ocorreram. Ademais, o primeiro capítulo também cuida dos

princípios de Chicago os quais são parâmetros para os processos transicionais. Dentre esses princípios a anistia surge como uma opção em situações restritas, como para os executores de crimes que não tenham poder de mando na estrutura na qual estejam inseridos.

O segundo capítulo ocupa-se de identificar o instituto da anistia. A compreensão deste é essencial para permitir a sua utilização em contextos de transição. Em razão disso, busca-se abordar cada aspecto que compõe este ato de clemência, em especial os crimes para os quais ele se direciona e os efeitos dele oriundos. Será demonstrado que a anistia não significa impunidade, mas a escolha de não imputar a responsabilidade penal em razão do interesse de pacificar a sociedade. Estabelecer o conceito é importante para facilitar o confronto deste com as medidas adotadas nas transições latino-americanas.

No terceiro capítulo é feita a seleção de três casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São eles: *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano vs. Chile* e o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. A seleção destes três casos permite ter um panorama temporal mais amplo na medida em que a sentença do primeiro caso data de 14 de março de 2001, a segunda possui data de 26 de setembro de 2006 e por fim o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* foi sentenciado em novembro de 2010.

O caso *Barrios Altos* foi escolhido por ter sido o primeiro caso no qual a Corte se posicionou em relação à promulgação de leis de anistia em situações de graves violações de direitos humanos. Este julgamento inaugurou a responsabilização estatal e determinou obrigações, dentre elas: de adequar sua legislação interna ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e o dever de investigar, julgar e punir os agentes estatais envolvidos no fato.

O caso *Almonacid Arellano vs. Chile* foi igualmente selecionado em razão do impacto promovido pela decisão da Corte no Chile tendo em vista a postura assumida pelos representantes do Estado em negar a ocorrência de violação a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Por fim o caso *Gomes Lund vs. Brasil* evidencia a situação peculiar brasileira. A condenação do Brasil traz além dos elementos consolidados em julgados anteriores a questão do crime de desaparecimento forçado que por sua natureza permanente representa mais um desafio para a aplicação da anistia. A partir destes casos objetiva-se extrair as delimitações ao ato de clemência reconhecidas pela Corte.



Finalmente no quarto capítulo são analisadas as diversas críticas relacionadas à aplicação da anistia. Ou seja, objetiva-se sintetizar os principais problemas existentes para que o instituto seja reconhecido como um mecanismo da justiça de transição capaz de promover a reconciliação nacional e a paz duradoura após graves conflitos.

Neste sentido, nota-se que há uma tensão entre os direitos das vítimas a reparações, ao acesso à informação e a preservação de sua memória e história e a concessão de anistia. Por isso faz-se a análise dos critérios internacionalmente aceitos baseando-se essencialmente em: limitar os beneficiários da anistia, restringir os crimes para os quais ela é admitida e as formas pelas quais sua promulgação amplia o debate e permite o fortalecimento democrático do Estado.

# 1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONCEITO E DESENVOLVIMENTO

## 1.1 Conceito de Justiça de transição

Justiça de transição<sup>1</sup> (*transitional justice*) ou justiça pós-conflito (*post-conflict justice*) é conceituada como um conjunto de medidas judiciais e não judiciais concebidas para situações de violência e graves violações de Direitos Humanos ocasionadas por conflitos armados ou regimes autoritários<sup>2</sup>. Ou seja, é o grupo de medidas das quais o Estado utiliza para melhor promover sua reconstrução e reconciliação após a existência de graves conflitos e descrédito das instituições governamentais.

Dimitri Dimoulis<sup>3</sup> define Justiça de Transição como um “acerto de contas” com o passado. Consequentemente deve-se enfrentar questões de cunho político (garantir a estabilidade das instituições democráticas), jurídico (quais devem ser as sanções mais adequadas) e filosófico<sup>4</sup> (como justificar a responsabilização e punição dos ex-detentores do poder). Há, portanto, uma mudança institucional que deve ser evidenciada pelas medidas a serem concretizadas pelo novo regime.

---

<sup>1</sup>A respeito do termo justiça de transição, seu surgimento é controvertido, entretanto Paige Arthur ao discutir tal origem remonta a década de 1990 especialmente a publicação da obra de Neil Kritz “How Emerging Democracies reckon with former Regimes”. ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). Justiça de transição manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. P. 83,84 e 85.

<sup>2</sup>Conforme documento produzido pelo Conselho de Segurança da ONU - UN Security Council- The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report Secretary-General, S/2004/616.

<sup>3</sup>DIMOULIS, Dimitri. Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasias indevidas e caminhos para a responsabilização in: DIMOULIS, Dimitri, et al. *Justiça de Transição no Brasil: Direito Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

<sup>4</sup>Ulfrid Neumann aduz que esta é uma discussão entre o positivismo jurídico e o moralismo jurídico. Em suas palavras: “Jusfilosoficamente, trata-se aqui de uma disputa entre o *positivismo jurídico* e o *moralismo jurídico*. Uma colisão com a *proibição da retroatividade penal* só pode existir se, segundo a “*situação jurídica*” (*Rechtslage*) da época, a conduta não era punível. Como se sabe, a pergunta, sobre qual era ou qual é o direito válido em um “sistema ilícito” é respondida de maneira distinta pelos juspositivistas e pelos defensores do jusmoralismo. Enquanto que os juspositivistas equiparam a “situação jurídica” da época com a “situação legal” da época (*Gesetzeslage*), isto é, com as leis positivas então vigentes, os jusmoralistas constroem um filtro entre a “situação jurídica” e a “situação legal”, de modo a impedir que leis grosseiramente injustas sejam ou *fossem* consideradas juridicamente vinculantes.(...)” NEUMANN, Ulfrid. *O papel do direito, da sociedade e da política na superação de sistemas ilícitos*. SWENSSON Jr., Lauro Joppert. (Trad.) prelo.p.6.

Segundo o Centro Internacional de Justiça de Transição (ICTJ sigla em inglês)<sup>5</sup> esta não se caracteriza como uma forma especial de justiça, mas sim, como uma forma de abordá-la após um período de massiva violação de direitos. Nesta ótica, a vítima<sup>6</sup> é a prioridade nos mecanismos de transição, visto que para elas devem ser realizadas medidas reparatórias.

Alguns elementos caracterizam a justiça de transição, o principal deles é o contexto de mudança e reconstrução de um regime de governo<sup>7</sup>. Este elemento é destacado por Neumann ao argumentar que as transições provêm de alterações em sistemas políticos<sup>8</sup>. Além deste, deve-se observar que os mecanismos de transição se apresentam em contextos de graves violações de direitos humanos.

A partir destes elementos diferenciadores pode-se compreender o caráter multidisciplinar da justiça de transição e a diversidade de seus mecanismos. Ruti Teitel<sup>9</sup> também destaca como a justiça de transição está relacionada a mudanças políticas<sup>10</sup> e se propõe a estabelecer determinadas fases para esta justiça, como se verá adiante. Jon Elster<sup>11</sup> demonstra a importância da justiça de transição ao defini-la como um processo no qual se realizam reparações, depurações e julgamentos após as mudanças de um regime para o outro.

Nesta perspectiva, a justiça de transição cuida especialmente de procurar resolver as pendências com os fatos passados para que se consolide um Estado de

---

<sup>5</sup>O Centro Internacional de Justiça de Transição é uma organização internacional, não governamental que realiza pesquisas e apoio técnico para auxiliar na implementação de mecanismos de transição em diversos países do mundo. Esta organização realiza trabalhos de observação e aprimoramento de métodos para a promoção da reconstrução e reconciliação após graves violações de direitos. Disponível em: <<http://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>> Acesso em: 10 jan 2015.

<sup>6</sup>O enfoque sobre os direitos das vítimas é importante na medida em que, estes direitos são por vezes, substituídos por interesses políticos com vias a facilitar as negociações após os conflitos. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on post-conflict justice*. Chicago: IRLHI, 2008, P..

<sup>7</sup>Em regra, a ideia de justiça de transição é associada à ruptura entre sistemas políticos. Caracteriza-se pela mudança entre um regime autoritário e, portanto, violador de direitos para um regime democrático. Ressalte-se que o conceito de democracia não comporta uma definição unívoca (DIMOULIS, Dimitri. *Conflitos e complementaridade entre direitos humanos e democracia*. Revista de ESMESC, v.15, nº1, 2008.). Ou seja, embora o conceito de democracia seja fluído, no presente trabalho será adotada a ideia de democracia vinculada ao exercício do poder soberano do povo (“governo do povo e para o povo”) e do respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, o Estado democrático é aquele no qual há supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 150.

<sup>8</sup>NEUMANN, Ulfrid. Op. Cit. p.1.

<sup>9</sup>TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional.In: REÁTEGUI, Félix. (Org.) *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça e Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011.

<sup>10</sup>Alguns autores, como Sriram e Miller enfatizam o aspecto político da justiça de transição.

<sup>11</sup>Elster, Jon. *Closing the books*. Transitional Justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P.1.

Direito. Isto é, vislumbrar a melhor maneira de administrar o legado do passado político. Paul Van Zyl destaca a fragilidade do momento transicional e a necessidade de equilíbrio entre os anseios de justiça e a realidade social, assim dispõe:

O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo.<sup>12</sup>

Nas palavras de Dimoulis, a mudança de um regime para outro constitui-se como um momento de profunda ruptura<sup>13</sup> da ordem então vigente. Por vezes, essa ruptura é marcada por medidas que sinalizam institucionalmente a diferenciação entre os regimes.<sup>14</sup> Estes mecanismos têm como principal objetivo garantir a estabilidade política e a principal questão discutida nas situações de justiça pós-conflitual<sup>15</sup> é a escolha das medidas mais adequadas para promover a separação e garantir a solidez do novo regime.

Evidencia-se, portanto, que a justiça de transição assume contornos diferenciados há depender do tipo de conflito estabelecido. Ou seja, não é algo pronto, mas sim, uma justiça que se baseia na experiência. Soma-se a isso a amplitude dos objetivos visados com a referida justiça, quais sejam, a construção ou reconstrução de um Estado de Direito, a reconciliação nacional e a estabilização das instituições do governo. A respeito destes objetivos destaca Torelly<sup>16</sup> que pode ocorrer, inclusive, uma transição pactuada, contudo para que isso ocorra é necessária a conjunção de determinados fatores:

---

<sup>12</sup>ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REATEGUI, Felix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Comissão da Anistia. Ministério da Justiça. Brasília: 2003. P.47.

<sup>13</sup>A ideia de ruptura empregada por Dimoulis como distanciamento ou diferenciação entre os regimes se distingue da ideia de ruptura colocada por Huntington. Este só compreende que há ruptura nos casos que a transição ocorre após uma revolução. Em casos de transição por transformação o próprio regime conduz a mudança delimitando as condições e as medidas que serão realizadas.

<sup>14</sup>DIMOULIS, Dimitri. Op. cit. p.92

<sup>15</sup>Este é o termo utilizado por M. Cherif Bassiouni, porque é uma expressão que abarcar as situações de atrocidades do passado. Outros conceitos como justiça de transição, estratégias de combate a impunidade e a construção da paz, por exemplo, não apresentam diferenças substanciais, apenas representam diferentes ligações com entidades ou campos de atuação específicos. BASSIOUNI, M. Cherif. Op. Cit. p.3.

<sup>16</sup>TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e análise do Caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.67, 68.

(...) quanto a possibilidade de reforma ou ruptura pactuada: a realização de uma transição pactuada, com maior ou menor grau de liberdade para a pactuação em si, depende da combinação de dois elementos: (i) a existência de uma oposição de viés democrático e (ii) a existência de autoridades moderadas no regime não democrático com suficiente poder para estabelecer um ‘diálogo de resultados’.

Como principais finalidades devem-se destacar, ainda, a própria ideia de justiça, o direito a memória, a verdade, a reparação e a reforma das instituições. Nota-se que estas finalidades se inter-relacionam e se influenciam mutuamente. Ou seja, a forma como se pretende alcançar a reforma ou extinção de uma instituição governamental pode influir no estabelecimento de reparações para as vítimas, por exemplo.

Entretanto, como destacado anteriormente, é preciso analisar casuisticamente os conflitos. Ou seja, trata-se de um processo pelo qual cada sociedade apresentou uma resposta particular em virtude do regime predecessor ou das hostilidades em cada país possuírem elementos próprios de formação e desenvolvimento.

Ao analisar alguns casos que experimentaram momentos de transição de regimes violadores de direitos nota-se que a ideia de justiça está fortemente associada com punição penal<sup>17</sup>. Pode-se citar como exemplo histórico o tribunal de Nuremberg e a declaração de nulidade das Leis do ponto final e da Lei de obediência devida pela Suprema Corte Argentina.<sup>18</sup> Verifica-se, igualmente, essa associação nas sentenças dos tribunais internacionais<sup>19</sup> e nas recomendações da ONU.

Contudo se reconhece que o processo penal não é a panaceia do modelo transicional. Isto porque os procedimentos judiciais, especialmente os mais complexos, demoram, são custosos e devem observar rigorosamente todos os direitos e garantias processuais. Embora reconheça a importância dos julgamentos, Paul Van Zyl salienta que os sistemas de justiça, por vezes, não estão preparados para cuidar de violações de direitos realizadas de forma sistemática e generalizada. Isto é, a jurisdição penal é uma

---

<sup>17</sup>Paul Van Zyl destaca o aspecto simbólico das sanções penais: “Os julgamentos não devem ser vistos somente como expressões de um anseio social de retribuição, dado que também desempenham uma função vital quando reafirmam publicamente normas e valores essenciais cuja violação implica em sanções. Os processos também podem auxiliar a restabelecer a confiança entre os cidadãos e o Estado demonstrando àqueles cujos direitos foram violados que as instituições estatais buscam proteger e não violar seus direitos. Isso pode ajudar a reerguer a dignidade das vítimas e diminuir seus sentimentos de raiva, marginalização e afronta” ZYL, Paul Van. Op. Cit. p.50 e 51.

<sup>18</sup>ARGENTINA. Lei nº25.779 de agosto de 2003. Sistema Infoleg, Centro de documentación y Información, Ministerio da Economía y Finanzas Públicas. Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>> Acesso em: 30 de outubro de 2014.

<sup>19</sup>Sentença do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil destaca que a anistia para os crimes contra a humanidade é incompatível com a Convenção Americana de direitos humanos. Disponível em: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.doc](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc)>. Acesso em: 16 jun de 2013.

via estreita para abarcar todos os considerados violadores de direitos em um regime autoritário<sup>20</sup>.

Esta relação entre justiça e pena é justificável na medida em que as graves violações de direitos humanos constituem crimes no âmbito interno e também internacionalmente<sup>21</sup>. Ou seja, como resultado da imputação de um crime, via de regra, sobrevém a sanção penal. Ocorre que mesmo este mecanismo de punição pode ser afastado, como ocorreu na transição do regime do *Apartheid* na África do Sul<sup>22</sup>.

A importância da sanção penal reflete também na reparação da vítima<sup>23</sup> e em seu próprio reconhecimento nesta posição. Ao se pensar nestas reparações a ideia de indenização surge como principal alternativa. No entanto, numa perspectiva mais ampliada, nota-se que a reparação abarca aspectos não pecuniários. Algumas reparações morais também podem ser pensadas, como por exemplo: pedidos formais de desculpas, identificação dos responsáveis pelas violações, aberturas de arquivos, dentre outras.

Importante destacar que além do reconhecimento dos agressores é preciso também que sejam identificadas estas vítimas. Embora possa ocorrer um processo de

---

<sup>20</sup> Exemplo da limitação no número de responsáveis levado em juízo e o custo para isso foi o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY). Desde 1993 o tribunal sentenciou 79 acusados e possui um orçamento de mais de 600 milhões de dólares. Dados extraídos do site da Corte: <<http://www.icty.org/sid/11186>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

<sup>21</sup> A identificação da sanção penal com a prática de atos ilícitos considerados crimes é uma construção histórica da humanidade. Para maiores detalhes ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; e GUEIROS, Arthur. *Curso de Direito Penal parte Geral*. 1ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. No plano internacional as violações aos direitos humanos são consideradas violações de *jus cogens* (direito cogente). Nas palavras de Hildebrando Accioly: “A noção de jus cogens internacional é, simultaneamente, relevante e imprecisa quanto a esta configuração de seu conteúdo e alcance prático. A consagração do princípio, no artigo 53 da Convenção sobre Direito dos Tratados, que seria espécie de definição oficial coloca quatro elementos: (a) é preciso que exista norma imperativa; (b) é preciso que essa norma imperativa seja de direito internacional; (c) é preciso que essa norma imperativa tenha sido reconhecida pela comunidade internacional; e (d) é preciso que essa norma imperativa tenha sido aceita pela comunidade internacional. (...) O *jus cogens* tem caráter universal e se aplica indistintamente a todos os integrantes da sociedade internacional; constitui base de ordem pública internacional, na qual a defesa de interesse geral pode mesmo se sobrepor a interesse específico de determinado Estado.” ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 22 e 23.

<sup>22</sup> A justiça de transição promovida na África do sul preocupou-se, principalmente, com a ideia de reconciliação. Deste modo a Comissão de Reconciliação e Verdade buscava promover a confissão em troca da verdade, neste processo os agentes que se auto incriminaram obtiveram anistia de seus crimes e assim foi possível realizar um resgate da memória dos povos vitimizados. BOITEUX, Luciana; et al. *Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul*. Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro, v.25, n.2, p.55-75, jul/dez.2009.

<sup>23</sup> Neste sentido aduz André de Carvalho Ramos: “Contudo, há, ainda, uma segunda face da influência da proteção de direitos humanos na área penal: a exigência de investigação, persecução e punição penal dos autores de violação de direitos humanos. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, consolidou-se o paradigma de respeito às vítimas por meio de *mandados internacionais de criminalização* das condutas de violações de direitos humanos.” RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier, 2009.p.829.

vitimização secundária, os mecanismos de transição devem abarcar a oitiva de seus depoimentos e, quando necessário, proceder ao acompanhamento psicológico.

O direito à verdade, também uma finalidade da justiça transicional, é visto como uma forma de reparação às vítimas na medida em que representa a elucidação de parte de suas histórias a investigação e reconstrução de uma “verdade histórica”<sup>24</sup>. Interessante observar que este direito à verdade, embora fomentado no plano internacional (com incentivo, por exemplo, da criação das Comissões da Verdade) é questionado como finalidade do processo de transição.

Refletir sobre a formação da verdade, invariavelmente, remete a duas perguntas: qual verdade e como estabelecê-la. Como mecanismo da justiça de transição fala-se em verdade histórica, um resgate dos fatos ocorridos. As comissões da verdade, em que pese, atinjam objetivos de investigação e de recuperação dos fatos passados possuem limitações<sup>25</sup>. Um determinado número de pessoas escolhidas pelo Estado (ou eleitas) apresenta dificuldades práticas para alcançá-la.<sup>26</sup> Assim, também ocorre com a busca da verdade por meio do processo judicial, no qual as regras do procedimento e as próprias garantias processuais podem afastar a concretização da denominada “verdade histórica”<sup>27</sup>.

É possível identificar, também, óbices teóricos para a realização da verdade, visto que esta só poderia representar mais uma narrativa histórica que ainda pode ser

---

<sup>24</sup>ABRÃO, Paulo. As alternativas para a verdade e a justiça. Revista Acervo, Rio de Janeiro, v.24, nº1, jan-jun de 2011, pag.119-138. P. 130. Disponível em: <<http://revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/466/391>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

<sup>25</sup>Interessante observar a colocação feita por Davi de Paiva Tangerino a respeito da promoção de verdade e reconciliação feita no bojo da Comissão da verdade: “Reunindo em grupo de trabalho – cuja composição certamente se refletirá quando do desenho da Comissão Nacional da Verdade –, representantes, diretos ou indiretos, dos principais grupos sociais que se antagonizaram durante o período do regime militar (note-se que evito propositadamente, nesse momento da análise, termos como oprimido e opressor: quando sentados à mesa para a construção da verdade, devem perder esses rótulos, sob pena de transformar a Comissão em um processo judicial de partes, o que seria lamentável já que, aqui, não se buscam condenados ou condenações, porém uma verdade oficial acerca de fatos). Essa verdade oficial é, em meu sentir, ponto de partida de qualquer processo de Justiça de transição, e promove, per se, justiça. (...)”

O reconhecimento do fato, e do erro, é ingrediente sem o qual não se pode promover reconciliação. Do contrário, em torno de que se reconciliariam? (...)”.TANGERINO, Davi. O Direito Penal como Instrumento de Justiça de Transição: O caso Brasil. Revista Acervo, 24 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/465/390>>. Acesso em: 30 out. 2014

<sup>26</sup> Algumas provas e evidências dos fatos ocorridos não serão encontradas ou não poderão ser acessadas. DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit. p 100. Como, por exemplo, o desaparecimento de corpos de opositores dos regimes autoritários no Chile, na Argentina e no Brasil. Dificilmente será possível identificar a forma das mortes dessas vítimas.

<sup>27</sup> MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade: reflexões sobre os limites da argumentação jurídica. In: DIMOULIS, Dimitri., et al. *Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 78.

questionada. Em sua crítica, Dimoulis<sup>28</sup> destaca que a verdade é pouco palpável como pretensão exigível em juízo. Isto porque, inicialmente, carece de uma norma regulamentadora, ainda que o direito à verdade possa ser extraído dos princípios faltaria regulamentação para determinar quando e de que maneira esta pretensão estaria satisfeita.

No entanto, partindo da premissa que os objetivos da justiça de transição se complementam verifica-se, uma proximidade, ou até mesmo, confusão entre o direito à verdade, o direito ao acesso à informação e o direito à memória. O acesso aos documentos e dados de órgãos estatais é um importante meio para atingir a finalidade de preservação histórica da memória coletiva e também da história familiar das vítimas e seus parentes.

O direito à informação é constantemente negligenciado pelas agências estatais que acobertadas por sigilo de algumas informações consideradas estratégicas e de segurança nacional retém e negam a divulgação de seus arquivos. O levantamento e divulgação destes dados e documentos integram o planejamento transicional e representam um importante estágio para a efetivação não só do direito à informação, mas também da construção de uma cultura protetora de direitos humanos capaz de auxiliar na reconciliação e restabelecimento da paz.

A finalidade de se instaurar a paz sustentável e um regime de governo garantidor de direitos passa pela reforma destas instituições que integravam o antigo sistema político<sup>29</sup>. Ou seja, é no momento transicional que se devem promover novas formas de organização que não impeçam a promoção e defesa de direitos. Para isso pode ser necessário desativar alguns órgãos e reestruturar outros.

Isto engloba a retirada dos próprios antigos servidores que estejam envolvidos ou ideologicamente ligados com as práticas de atos violadores de direitos. Este movimento é denominado políticas de veto (*vetting policies*) por Bassiouni, que o caracteriza como um dos princípios para a justiça pós-conflitual. Impedir a atuação de antigos agentes violadores de direitos visa restabelecer a confiança dos indivíduos nos órgãos estatais.

Por fim, dentre as finalidades da justiça transicional é possível destacar a reconciliação nacional, a pacificação social e a construção da memória coletiva como meios para evitar que sejam repetidas as experiências vivenciadas. Assim, evidencia-se

---

<sup>28</sup> DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit. p.100.

<sup>29</sup> BASSIOUNI. Op. Cit. p.



que a justiça de transição se propõe a solucionar as violações passadas com o intuito de fortalecer a proteção de direitos futura.

A ideia de reconciliação nacional significa reintegrar o Estado ainda que subsistam vítimas e seus agressores, membros de diferentes etnias ou religiões e indivíduos com diferentes posições políticas ideológicas. Ou seja, trata-se do reconhecimento que é possível a reconstrução de uma sociedade plural em um novo regime no qual os direitos de todos são respeitados. Esta reconciliação engloba o reconhecimento e a reparação das vítimas, visto que a permanência de ressentimentos torna a ideia de paz muito instável.

Já para atingir a paz sustentável é fundamental a compreensão dos elementos que foram a origem dos conflitos ou mesmo dos regimes autoritários e as formas pelas quais o Estado agiu no transcorrer das violações. Essa investigação permitirá um planejamento mais preciso para a escolha de meios para a justiça retroativa.

Assim, conforme preconiza Almeida e Torelly<sup>30</sup> é possível agrupar os mecanismos da justiça de transição em 4 (quatro) ramos de atuação, são eles: 1. medidas de reformas institucionais e administrativas; 2. Políticas de reconciliação, esquecimento e memória; 3. Política de reparação às vítimas de abusos; e 4. Alteração do sistema de justiça.

Com objetivos tão ambiciosos os mecanismos de transição necessitam ser bem articulados para serem possíveis de efetivar, ao menos em parte, as finalidades propaladas. Em razão disto, houve a proposta de sistematização de diretrizes para o transcurso mais adequado de um regime para outro ou de situações pós-conflitos, nas quais os Estados têm um grande potencial de desmembramento.

Na tentativa de indicar meios mais adequados para que as finalidades declaradas sejam alcançadas satisfatoriamente, o Centro Internacional de Justiça de Transição (ICTJ sigla em inglês) elenca algumas iniciativas, tais como: a) ações penais; b) comissões de verdade; c) programas de reparação; d) justiça de gênero; e) reforma institucional; e f) iniciativas de comemoração.<sup>31</sup>

Também reconhecendo a importância da condução da justiça de transição para a efetividade dos direitos humanos e manutenção da paz M. Cherif Bassiouni elencou,

---

<sup>30</sup>ALMEIDA, Eneá de Stutz; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional*: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do Estado democrático de direito. Sistema Penal e Violência. Porto Alegre, v.2, n.2, p.36-52, jul.-dez.2010.

<sup>31</sup>CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. *What is transitional justice?* Disponível em: <<http://www.ictj.org/about/transitional-justice>>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

depois de longo estudo realizado em conjunto com o Instituto Internacional de Direitos Humanos, os Princípios de Chicago. Estes princípios representam em síntese diversos mecanismos de transição e demonstram a relevância deste processo no âmbito interno e internacional. Tais princípios serão melhor abordados adiante.

A maior preocupação com a articulação e efetivação destes mecanismos pode ser observada a partir das graves violações ocasionadas durante a Segunda Guerra Mundial. Como será visto a seguir, abordar o desenvolvimento da justiça de transição não implica estabelecer a avaliação de decisões históricas, mas contextualiza-las.

## 1.2 O desenvolvimento da justiça de transição

A justiça de transição<sup>32</sup> relaciona-se diretamente com a efetivação da proteção dos direitos humanos. Isto porque, como visto anteriormente, esta justiça se preocupa em lidar com as violações de direitos já ocorridas oriundas de situações de conflitos, com o objetivo de evitar futuras violações. Neste sentido a internacionalização da proteção de tais direitos contribuiu para a expansão e concretização dos mecanismos de transição.

Assim, pensar o desenvolvimento da justiça de transição em seus contornos atuais remete ao próprio processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Em que pese haja iniciativas anteriores em alguns momentos históricos específicos foi com a criação da Cruz Vermelha<sup>33</sup> e as Convenções de Genebra, as quais constituem o Direito Humanitário<sup>34</sup>, que no plano internacional intensificou os mecanismos de reconhecimento e garantia dos direitos humanos.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial surgiu a Liga das Nações (1920). Este organismo internacional possuía como principal objetivo a manutenção da paz e

---

<sup>32</sup>A ideia de justiça de transição aqui referida é a justiça de transição moderna. Isso porque, transições políticas ocorreram em diversos momentos ao longo da história humana. Contudo, o presente trabalho aborda a justiça de transição no contexto de transições para a Democracia constitucional.

<sup>33</sup>Iniciou-se um esforço de proteção dos soldados fora de combate e dos civis. Em razão destes esforços surgiu o que posteriormente constituiria o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). A batalha de Solferino ocorreu em 1859 entre tropas de Napoleão III e tropas austríacas do Imperador Francisco José. Este conflito particularmente violento, mobilizou Henry Dunant, um suíço que presenciou as barbaridades ocorridas, para criar um Comitê independente para salvaguardar e buscar minimizar o sofrimento das pessoas envolvidas em conflitos. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Luman Iures, 2003. p.24 e ss.

<sup>34</sup>Em sentido estrito pode-se definir Direito Humanitário como o direito inserto nas quatro Convenções de Genebra de 1949, bem como seus protocolos adicionais. Este é um ramo do Direito Internacional Público que se ocupa de proteger a pessoa em conflitos armados. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos e Conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

segurança internacionais. De igual modo, surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) com finalidade de fomentar condições mínimas de segurança, salubridade e proteção de trabalhadores<sup>35</sup>. A criação destes entes foi relevante para balizar a ideia de soberania absoluta dos Estados e reafirmar compromissos internacionais.

A Liga das Nações, entretanto, não teve sucesso na manutenção duradora da paz no plano internacional e se autodissolveu em 1946 dando lugar a Organização das Nações Unidas. Observa-se que a proteção de direitos no plano internacional adquire amplitude com a criação de organizações internacionais e este movimento se consolida progressivamente. Os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial tiveram consequências ainda mais intensas sobre a relevância na proteção internacional de direitos inerentes à pessoa.

Ou seja, interessa neste momento definir limites para a atuação estatal. Isto porque ao integrarem estas organizações os países incorporaram obrigações internacionais em suas legislações que geram direitos e deveres no plano supranacional. Assim, fortaleceu-se a ideia de proteção do indivíduo frente ao Estado.

O cenário de reconstrução de países e das relações no plano internacional posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial e emergência de uma nova ordem fez surgir a Organização das Nações Unidas (ONU), tendo esta adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>36</sup>. Embora a declaração não possua a mesma vinculação jurídica de um tratado ela serviu de base para a criação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A importância da positividade destes direitos está na possibilidade de haver um meio jurídico para garantir sua efetivação ou garantir sua reparação nos casos de violações.

É principalmente, neste período pós Segunda Guerra Mundial que surgem medidas de responsabilização criminal no plano internacional. Em razão disto, ao elaborar uma análise genealógica da justiça de transição, que será a baixo abordada, Ruti Teitel parte da criação do tribunal de Nuremberg e de Tóquio com vias a

---

<sup>35</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12 Ed. São Paulo. Saraiva: 2011. P.183.

<sup>36</sup>Norberto Bobbio destaca que a Declaração fundou valores ao concretizar um consenso sobre estes. Por isso, este documento representa um terceiro momento dos direitos humanos no qual eles são positivados e universais. A ideia de universalidade defendida pelo autor é definida como algo “subjetivamente acolhido pelo universo dos homens”. A Declaração Universal foi aprovada por 48 Estados e o dia desta aprovação (10 de dezembro de 1948) passou a ser considerado o dia dos Direitos Humanos. BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p.47 e ss

compreender o fenômeno ocorrido. Assim, a autora agrupa características de momentos históricos e os identifica como fases da justiça de transição.

### 1.2.1 Primeira fase

Ruti Teitel<sup>37</sup>, ao elaborar sua genealogia, divide a justiça de transição em 3 (três) fases. A primeira fase é denominada “justiça de transição no pós-guerra”. A principal característica desta fase é a internacionalização dos julgamentos dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos. Pode-se destacar que houve uma tentativa de resposta crítica para os mecanismos que haviam sido estabelecidos para a Alemanha após a Primeira Guerra Mundial.

Embora, tenha havido esforços para renunciar à guerra a partir do Pacto Briand – Kellogg (1928) e do tratado Ribbentrop-Molotov<sup>38</sup> e a punição da Alemanha após a primeira guerra mundial por meio do Tratado de Versalhes, o nazismo ascendeu na República Alemã concretizando uma política de Estado fortemente antissemita e deixou como legado que a proteção da pessoa humana deve ocorrer além da relação cidadão-Estado.

As sanções impostas ao país, no período após a Primeira Grande Guerra, contribuíram para agravar a crise econômica e o sentimento de submissão do Estado considerado culpado pela ocorrência da guerra. Assim, a reação germânica foi o forte nacionalismo e a rejeição aos não alemães.

O Holocausto representou como os cidadãos podem sofrer graves atrocidades consideradas legais (uma ação baseada em planos de limpeza étnica do governo) pelo Estado com base no fato de não pertencerem à denominada raça ariana. Em razão da execução de atrocidades durante o período de atuação nazista ocorreu uma profunda alteração na maneira de responsabilização internacional do Estado.

Assim, após negociações dos aliados vencedores houve a opção pelo julgamento internacional em detrimento das execuções sumárias (como intencionavam os soviéticos) e dos julgamentos nacionais, como ordinariamente aconteceria. As conseqüências advindas do fim da Segunda Guerra implicaram outra forma de punição

---

<sup>37</sup>TEITEL, Ruti. Op. Cit. p. 136.

<sup>38</sup>O pacto Briand –Kellogg é um pacto assinado em 1928, em Paris entre vários países incluindo Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Japão e França, no qual as nações renunciam à guerra como política nacional. Em que pese tenha ocorrido a violação deste pacto ele foi considerado um importante avanço para a promoção de iniciativas de paz. Por sua vez o Tratado Ribbentrop-Molotov foi um tratado de não agressão assinado em 1939 entre Alemanha e União da República Socialista Soviética.

internacional. Observa-se que o indivíduo ao adquirir status de pessoa internacional, na medida em que é titular de direitos que são reconhecidos e podem ser demandados, também se vincula diretamente a obrigações. Dentro desta lógica foi estabelecido o Acordo de Londres que criou o tribunal Internacional Militar.

Este acordo estabeleceu um estatuto de tribunal internacional para julgar determinados agentes do governo alemão<sup>39</sup> naquele período. Nele foram indicados os juízes, estabelecidos os crimes pelos quais os alemães seriam acusados e outros dispositivos a respeito da organização e estrutura do tribunal de Nuremberg<sup>40</sup>.

O referido tribunal foi instalado com a competência de julgar crimes de guerra e além deles os crimes contra a paz (associado aos crimes contra paz houve a condenação por conspiração) e crimes contra a humanidade. Estes crimes são considerados historicamente os crimes internacionais clássicos<sup>41</sup> porque violam normas<sup>42</sup> de direito internacional (tais como o Pacto de Briand-Kellogg, as Convenções de Genebra sobre direito humanitário e o Tratado de Versalhes) e violam bens jurídicos internacionais.

Foram indiciados 23 dos principais agentes alemães encontrados vivos, destes 18 foram condenados, 3 (três) absolvidos e 2 (dois) morreram antes de serem julgados. Os julgamentos realizados em Nuremberg foram o marco inicial da sistematização do

---

<sup>39</sup>Cabe ressaltar que o tribunal realizou também o julgamento de alguns entes coletivos, tais como: a diretoria do partido nacional socialista, O gabinete do Reich, Gestapo, entre outras. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2003.

<sup>40</sup>O Tribunal Internacional Militar ficou conhecido como tribunal de Nuremberg, localização na qual ocorreram os julgamentos. A escolha da cidade de Nuremberg teria ocorrido porque fora nela que houve grandes concentrações do governo Nazista e por ter sido naquele local que houve a edição de leis racistas. Ibid. p.62.

<sup>41</sup>Em que pese não haja um entendimento pacífico a respeito da classificação dos Crimes Internacionais entende-se que estes crimes estabelecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e posteriormente os crimes tipificados no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) são os crimes internacionais próprios, posto que violam bens jurídicos internacionais tais como: a paz e a segurança internacionais, a diversidade humana e a auto determinação dos povos. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal Internacional: Crimes Internacionais*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Para entender o Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte. DelRey, 2009.

<sup>42</sup>Ainda que tais normas não sejam escritas, como ocorre com o costume internacional. No direito Internacional o costume internacional também é fonte de direitos e obrigações. O art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, principal órgão jurisdicional das Nações Unidas, assim estipula: “Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.”

direito penal internacional e da responsabilização individual<sup>43</sup>. O tribunal sofreu muitas críticas especialmente no tocante à sua criação e a legalidade prévia das normas, tendo em vista que ele caracterizou-se por ser um tribunal de exceção, também denominado tribunal *ad hoc*<sup>44</sup>, instituído após a ocorrência dos fatos.

A respeito do princípio da legalidade destacam-se alguns posicionamentos. De início este princípio é considerado basilar no direito interno dos Estados democráticos e uma garantia individual frente ao poder punitivo estatal. Este princípio assevera que a existência de norma penal incriminadora deve ser escrita, prévia, estrita e certa. Ou seja, a previsão de condutas criminosas não admite a retroatividade para fatos anteriores à incriminação, a utilização de costumes, de analogia e tampouco de prescrições vagas ou indeterminadas.

Assim, o processo de formulação e evolução do princípio da legalidade ocorreu com a positivação do direito penal que remonta a tradição romano-germânica (*Civil Law*). Ademais, este princípio possui como principais fundamentos a divisão de poderes, o liberalismo político e o princípio da culpabilidade<sup>45</sup>. Deste modo, a formação do Estado a partir da independência e equilíbrio entre poderes (legislativo, executivo e judiciário) determinou funções precípuas para cada um deles. A função tradicional do poder legislativo é formular as leis que constituem o ordenamento jurídico e devem ser respeitadas por todos – indivíduos e o próprio Estado.

No tocante à culpabilidade como fundamento, o princípio da legalidade permite que o indivíduo se comporte conscientemente contrário ao disposto em lei (o denominado elemento de consciência da ilicitude). Isto é, para que possa considerar-se um indivíduo culpável é presumível que este sabia que sua conduta era proibida, ou pelo menos tinha possibilidade de sabê-lo. Além desses fundamentos a existência da lei penal prévia comporta aspecto dissuasório sobre os indivíduos para impedir a prática de crimes.

Portanto, partindo de tais fundamentos o princípio da legalidade no plano internacional comportaria uma releitura. Inicialmente, o direito internacional possui

---

<sup>43</sup>Assim no plano internacional o procedimento investigatório e o processo judicial ganharam relevância. Ou seja, não bastava a evidência da prática dos crimes pela Alemanha, era necessário imputar a responsabilidade pessoal aos agentes. Neste sentido foi desenvolvida a teoria do domínio da Organização, a qual permitia que os agentes que planejavam e coordenavam as ações de subordinados também eram autores dos crimes praticados.

<sup>44</sup>Expressão latina que significa “para isso” ou “para esse fim”.

<sup>45</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Curso de Direito Penal. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. P. 77.

como uma de suas principais fontes o costume internacional<sup>46</sup>. A sociedade internacional se caracteriza por ser descentralizada e se concretizar em relações de coordenação. Ademais, Celso de Mello expõe que os costumes e os tratados se influem mutuamente. Assim, tanto o tratado pode declarar um costume, quanto o tratado pode consolidar um costume (para os Estados que não são membros signatários do tratado). De igual modo a ideia de que o princípio da legalidade preserva o elemento da culpabilidade da potencial consciência da ilicitude é refutado por alguns autores.<sup>47</sup>

Portanto, a análise de violação ao princípio da legalidade no âmbito da formação do Tribunal Internacional Militar não foi realizada nos mesmos moldes nos quais tal princípio é visto no plano interno. Transpor esses fundamentos desconsideraria, em certa medida, a forma como se estrutura a sociedade internacional.<sup>48</sup>

Desta forma, Japiassú<sup>49</sup> sintetiza três teorias da concepção internacionalista sobre aplicação do princípio da legalidade. A primeira teoria é adotada por Bassiouni ao defender que havia normas anteriores, ainda que não fossem penais, como por exemplo, os tratados de não agressão. Por seu turno, Ripollés destaca a primazia do interesse de proteção do Estado para qual o princípio da legalidade cederia espaço. Por fim, a posição de Kelsen abrange uma terceira teorização ao considerar por meio da ponderação que o princípio da legalidade cederia espaço para a ideia de justiça.

---

<sup>46</sup>MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional Público. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.291.

<sup>47</sup>BACIGALUPO ao abordar o tema fala que não são todas as normas de direito que precisam ser escritas para serem conhecidas. Destaca, ainda, que o princípio da culpabilidade prescinde de saber qual será a sanção aplicada, ou seja, não garante previamente qual será a consequência do ato criminoso em concreto. BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires, Hammurabi: 1999. P.47

<sup>48</sup>Interessante observar, atualmente, o processo de normatização do direito internacional. A criação do tribunal penal internacional, por exemplo, positiva os conceitos de crimes internacionais próprios, prevê penas e em seu artigo 22 prevê expressamente o princípio da legalidade: “*Nullum crimen sine lege*”

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.”

<sup>49</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; MIGUENS, Marcela. *Justiça de transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. v.1, n.1. pg. 22-43, 2013. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>>. Acesso em: 14 fev 2015.

Em que pese haja esse esforço doutrinário para compreensão do princípio da legalidade sob outros aspectos de relevo, não é possível negar que no tocante aos crimes contra a humanidade tenha ocorrido a violação ao princípio em questão. Isto porque, os referidos crimes não haviam sido mencionados em acordos internacionais.<sup>50</sup>

Além desta crítica, a realização do julgamento estaria eivada de vícios que afastam muitos direitos dos acusados no processo criminal, tais como a análise do caso por juiz imparcial<sup>51</sup> e a ausência do direito a ampla defesa.

Contudo a análise do julgamento sob o prisma internacional permite avaliar que o tribunal acolheu, precipuamente, a ideia de justiça<sup>52</sup>. Isso porque, foram ponderados direitos e garantias processuais frente à punição dos agentes violadores de direitos humanos, tais como: a vida, a integridade física e mental, a liberdade, a liberdade de expressão e a religiosa, dentre outros.

A semelhança do ocorrido no continente europeu, com o fim da Segunda Grande Guerra houve o julgamento de agentes japoneses pelas violações perpetradas.<sup>53</sup> A instituição deste tribunal denominado Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, igualmente gerou muitas críticas. Este tribunal, que ficou conhecido como tribunal de Tóquio, foi criado após o ato de rendição do Japão que previa também qual seria o tratamento para os prisioneiros de guerra.

A base para esses julgamentos ocorreu na Convenção do Cairo, integrada por China, Inglaterra e Estados Unidos. Estes redigiram uma declaração manifestando a intenção de julgar os criminosos de guerra japoneses.

Diferentemente do ocorrido em Nuremberg este tribunal não teve sentença absolutória. Em verdade houve a libertação de presos e o não julgamento do imperador Hirohito por razões de política externa dos Estados Unidos. O Japão seria um

---

<sup>50</sup>Japiassú destaca que os crimes de lesa humanidade foram mencionados pela primeira vez em uma declaração conjunta da Inglaterra, França e Rússia ao se pronunciarem sobre o massacre ocorrido na Armênia, em 1915. Especificamente sobre os crimes contra a humanidade assim afirma Japiassú: "(...) Apesar disso, nenhum documento internacional já previra os crimes contra a humanidade como tipo penal e muito menos cominara qualquer sanção penal.

Esta foi, sem dúvida, uma inovação prevista pelo Estatuto e que significou uma flagrante violação da reserva legal, pois os acusados foram processados e julgados por lei posterior".

Idem. O tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal

<sup>51</sup>Os julgamentos em Nuremberg foram conduzidos por representantes das quatro potências vencedoras da Segunda Grande Guerra: França, Reino Unido, Estados Unidos e União da República Socialista Soviética.

<sup>52</sup>KELSEN, Hans. Will the judgement in Nuremberg Trial constitute a precedent international Law? In: *The International Law Quarterly*. Vol. 1, n.2, Cambridge: Cambridge University Press, Summer 1947, p.153-171.

<sup>53</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P.77 e seguintes.



importante pólo de influência capitalista no oriente, visto que neste período iniciava-se a Guerra Fria e na China ascendia o comunismo com Mao Tsé Tung.

Teitel destaca que os tribunais de Nuremberg e Tóquio tiveram importante efeito sobre o desenvolvimento da justiça internacional. Assim sendo, a formação destes tribunais atendeu em certa medida, aos anseios de legitimação da intervenção internacional, porém apresentou um efeito dissuasivo não se caracterizando como um modelo possível de ser seguido.

Importante destacar que, também para Kelsen<sup>54</sup>, não é possível considerar o julgamento realizado em Nuremberg como um precedente judicial. No entanto suas razões são diversas. Para o autor este não apresenta os critérios relevantes para ser um precedente. Ele enfatiza a questão da decisão judicial criar uma nova regra legal capaz de ser utilizada por outros tribunais em casos semelhantes.

No caso do julgamento dos agentes alemães as condições políticas foram muito específicas e embora não tenham o condão de estabelecer um precedente, representou um marco histórico para a transição de um regime totalitário<sup>55</sup>. Japiassú<sup>56</sup> destaca que os julgamentos internacionais nesta fase deixaram um legado de criminalização de condutas graves, o que favoreceu o desenvolvimento do direito penal internacional.

### 1.2.2 Segunda fase

A segunda fase representa uma ruptura no processo de internacionalização dos julgamentos devido à Guerra Fria<sup>57</sup>. Exemplo disso foi a divisão da Alemanha em razão

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. op. cit., p.158-171.

<sup>55</sup> Regimes totalitários se caracterizam por um líder que monopoliza o direito. Há a criação de uma ideologia e a propaganda realizada sobre ela faz os indivíduos acreditarem nas preposições ideológicas como realidade, ou seja, se guiam por ela. No totalitarismos não há sistemas partidários e tampouco há espaço para a estruturação da oposição, ainda que tolerada pelo regime. Este sistema tem como lei suprema o “desejo do Führer”. HANNAH, Arendt. RAPOSO, Roberto. (trad.) *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P.499-516.

<sup>56</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. MIGUENS, Marcela S. *Justiça de transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. v.1, n.1. pg. 22-43, 2013. Disponível em:

<<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>>. Acesso em: 14 fev 2015

<sup>57</sup> Paige Artur faz uma crítica nesta leitura histórica da justiça de transição que exclui o momento da descolonização de alguns países africanos nas décadas de 1940-1960. O autor salienta que neste contexto a ideia de “romper com o passado” significa romper com a estrutura econômica e com a desigualdade social. Assim assevera, ao tratar do tema: “(...) É geralmente um erro fazer amplas alegações sobre a história global do pós-Segunda Guerra Mundial tendo como referência somente a Guerra Fria. Ruti Teitel, particularmente, argumenta que a completa internacionalização da justiça representada pelo tribunal de Nuremberg foi impedida pelo surgimento da Guerra Fria. Por conseguinte, a justiça de transição foi interrompida por quase quarenta anos, até o estabelecimento do tribunal internacional *ad hoc* para julgar crimes na ex-Iugoslávia e Ruanda. Apesar da afirmação de que a justiça internacional foi interrompida

das áreas de influência dos Estados Unidos da América e seus aliados e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Diante deste equilíbrio instável de poder, com duas grandes potências se articulando para manter suas áreas de influência, eventuais conflitos que surgiam poderiam ser fomentados ou ser de interesse de uma das potências. Durante este período, de maneira geral, não houve processos de justiça internacional.

Com o desmantelamento da antiga União Soviética e o fim da Guerra Fria ocorreu a independência de países na Europa oriental e países africanos e posteriormente a queda dos regimes autoritários na América Latina. Este movimento representou uma nova fase para a justiça de transição, no qual se observa uma tensão entre punição e anistia.<sup>58</sup> O contexto de redemocratização do Brasil, em 1985, se insere nesta segunda fase da justiça de transição<sup>59</sup>.

Diferentemente da primeira fase, neste momento a justiça de transição voltou-se para o âmbito nacional. Privilegiou-se a reconciliação nacional e em razão disto surgiram comissões da verdade e a busca por um novo paradigma de justiça. Nas palavras de Teitel: “A justiça transicional, em sua segunda fase, refletiu que os valores relevantes colocados na balança da justiça não eram exatamente aqueles de um estado de direito ideal.”<sup>60</sup>

Nesta fase, os Estados estavam formando suas democracias ou as reconstruindo, por isso precisavam amenizar diferenças e fortalecer os vínculos em comum. Ou seja, a reconciliação nacional, a manutenção da paz, o perdão e a ideia de construção de uma nação com propósitos em comum porque compartilharam uma mesma história - esta é a ideia encerrada no conceito de memória coletiva – esses foram os principais objetivos da segunda fase transicional.

Assim, a justiça de transição atentou para as características próprias dos conflitos perpetuados quais foram suas origens e como se desenvolveram. A transição

---

pela Guerra Fria não ser inteiramente incorreta, uma vez que as tensões da Guerra Fria claramente tiveram um importante papel, essa afirmação simplifica perigosamente e efetivamente colapsa décadas de história. ARTHUR, Paige. Op. Cit. p. 99.

<sup>58</sup> TEITEL, Ruti. Op. Cit. p.145.

<sup>59</sup> O Brasil após a ditadura militar iniciada em 1964, dentro da análise feita por Huntington é categorizado como país da terceira onda de democratização. Este autor divide o fenômeno de democratização, que ocorre no plano mundial, em três grandes ondas: a primeira onda se inicia com as revoluções americana e francesa (a longa onde entre 1828 – 1926), a segunda onda abarca o período pós Segunda Guerra Mundial (1943 – 1962) e por fim a terceira onda iniciada com a redemocratização de Portugal (1974 e não foi datada seu fim). HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave: democratization in the late twentieth yeras century* p.16 e ss.

<sup>60</sup> Ibidem.

abrangeu mecanismos mais diversificados para que fosse viável associar justiça com o momento de mudança política.

Importante observar essa ampliação na concepção de justiça de transição para além dos mecanismos punitivos. Aliás, nessa segunda fase que abrange o final do século XX, justiça e paz não são vistas como complementares, mas sim como opositoras. Ou seja, na genealogia de Teitel, enquanto na fase I a justiça de transição apostou no direito, na fase II, este cedeu espaço para a ética, a medicina (aspectos psicológicos) e a teologia.<sup>61</sup>

Adiante, essa opção se mostrará lacunosa, tendo em vista que as vítimas e seus familiares não compreendem a realização de justiça apenas com a efetivação das reparações. Por tal razão, especialmente, na região latina americana ocorreu o questionamento das anistias concedidas.

Estes questionamentos foram impulsionados pela consolidação dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e a criação de tribunais internacionais. Assim, ainda que não haja no âmbito interno espaço para esse questionamento, por exemplo, diante da inviabilidade de acesso ao poder judiciário, o plano internacional mostrou-se como uma via. Ocorre que reabrir a questão dos julgamentos não realizados no momento de transição traz um relevante problema: É possível reavaliar as opções passadas, concretizadas em um determinado contexto político e histórico diverso?

Como se verá no período caracterizado como terceira fase da justiça de transição a resposta pragmática para tal questão é afirmativa. Isto porque, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou diversas convenções reafirmando a importância da persecução penal para os crimes que violam os direitos humanos. Dentre estas convenções destaca-se a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade<sup>62</sup>. Desta forma, consolidou-se, paralelamente aos

---

<sup>61</sup>Ibidem. P.153

<sup>62</sup>A Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade foi adotada pela res.2391 da Assembleia Geral da ONU em 1968 e entrou em vigor em 1970. Versa o artigo 1º: São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:  
 §1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 ( I ) e 95 ( i ) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra  
 §2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 ( I ) e 95 ( i ) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na

tratados e convenções, a jurisprudência dos tribunais internacionais no sentido de que haja o julgamento por graves violações de direitos humanos<sup>63</sup>.

A respeito desta perspectiva salienta Teitel como característica desta fase II:

Como demonstra a perspectiva genealógica, o interesse na busca da justiça não necessariamente declina com o transcurso do tempo. Um dos motivos talvez seja o fato de que a justiça transicional se relaciona com condições políticas excepcionais, em que o próprio Estado está envolvido nos crimes e a busca da justiça necessariamente aguarda uma mudança de regime.<sup>64</sup>

Nesta perspectiva genealógica a justiça de transição não se apresenta linearmente como um processo em evolução, mas sim, como um processo de construção político e histórico. Por isso, observa-se a falta de contornos precisos para delimitá-lo.

### 1.2.3 Terceira fase

Na terceira fase exposta por Teitel destaca-se exatamente a tentativa de normatizar a justiça de transição. Neste sentido, a intensa produção de tratados, declarações, pactos e protocolos firmaram os órgãos internacionais como importantes elementos para supervisionar a proteção dos direitos humanos em momentos de transição.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foram marcos que impulsionaram esse fenômeno de internacionalização dos direitos e especialmente dos direitos humanos.<sup>65</sup>

A consolidação de tratados, convenções e pactos internacionais permitiram, além da positivação dos direitos no plano internacional, a internacionalização dos mecanismos judiciais. Esse processo se evidencia inicialmente com a criação de tribunais para a antiga Iugoslávia (ICTY) e para Ruanda (ICTR). Os conflitos nesses países, mesmo se tratando de conflitos internos em razão da diversidade étnica, mobilizaram a interferência internacional visto as gravíssimas violações de direitos que ocorreram.

---

Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

<sup>63</sup>André de Carvalho Ramos exemplifica diversos casos julgados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no qual a orientação é para a persecução penal dos crimes cometidos. Como exemplo o autor destaca os casos *Loayza Tamayo vs. Peru* e o caso *Barrios Alto vs. Peru*. RAMOS. Op. Cit. p. 836.

<sup>64</sup>TEITEL, Ruti. Op. Cit. p.159

<sup>65</sup>PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 189.

A repercussão dos conflitos nos Bálcãs foi o elemento essencial para que as Nações Unidas interviessem. Internamente o país havia se desmantelado e os ódios existentes entre as etnias inviabilizava um julgamento interno. Caso semelhante ocorreu com Ruanda, país africano fortemente marcado pelas perseguições étnicas entre tutsis e hutus (do norte e também do sul), no qual foram praticados massacres em prol de uma limpeza étnica.

A ONU criou por resolução do Conselho de Segurança nº827 o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia situado em Haia e com competência para investigar a ocorrência de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e graves violações as convenções de genebra sobre direito humanitário. De igual modo, em razão das atrocidades ocorridas em Ruanda o Conselho de Segurança mediante resolução nº955 estabeleceu, o Tribunal Criminal Internacional para Ruanda (ICTR, sigla em inglês) em 1994, em Arusha, na Tanzânia.<sup>66</sup>

Apesar de estes tribunais terem sido criados após a prática dos fatos, caracterizando-se também como tribunais *ad hoc*, eles se diferenciam do Tribunal de Nuremberg e Tóquio. A priori estes tribunais não foram estabelecidos por Estados vencedores da Guerra e tampouco são denominados tribunais militares. Mesmo com tais diferenças os acusados no tribunal para antiga Iugoslávia<sup>67</sup> e para Ruanda questionaram a legitimidade dos mesmos.

No entanto, houve a decisão da Câmara de Julgamento no sentido da legitimidade para a persecução dos acusados. O principal argumento para rechaçar o questionamento foi o art.29 – o qual dispõe sobre a criação de órgãos subsidiários pelo Conselho de Segurança - e o capítulo VII, ambos da Carta das Nações Unidas, que permite uma intervenção armada do Conselho de Segurança em situações de conflito<sup>68</sup>. Neste sentido, estaria enfraquecido o argumento da falta de previsão expressa da

---

<sup>66</sup>Estes tribunais possuem primazia sobre os tribunais nacionais, diferentemente do que ocorre com o Tribunal Penal Internacional que é pautado pelo princípio da complementaridade.

<sup>67</sup>Mesmo existindo dificuldades para a sua implantação, o tribunal para antiga Iugoslávia iniciou seus trabalhos e procedeu a suas investigações com auxílio da ONU – algumas prisões, inclusive, foram realizadas com auxílio da OTAN e da United Nations Transitional Authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmum (Untaes). MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p.104.

<sup>68</sup>Com o objetivo de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais é disciplinado no capítulo VII a possibilidade do Conselho de Segurança estabelecer recomendações e medidas de natureza econômicas, diplomáticas ou militares. Devido as gravíssimas violações de direitos perpetradas no conflito Iugoslavo, não foi questionado se um conflito interno estaria desestabilizando a segurança internacional.

autorização por parte do Conselho de Segurança.<sup>69</sup> Ademais, os próprios Estados anuíram com a criação dos Tribunais e promoveram auxílio aos mesmos.

Em verdade, estes tribunais enfrentaram dificuldades para atribuir executoriedade para suas decisões, por vezes os acusados precisavam ser capturados em um país estrangeiro, o que implicava recorrer aos mecanismos de cooperação internacional. Por seu turno os países poderiam ou não atender aos pedidos, visto que a opção de não colaborar também estaria amparada por institutos reconhecidos pelo Direito Internacional – como as imunidades diplomáticas e a prerrogativa de conceder asilo político. Neste sentido, estes tribunais obtiveram ajuda de órgãos internacionais, especialmente do próprio Conselho de Segurança.

As Nações Unidas também intervieram na guerra civil em Serra Leoa. Contudo, a criação do Tribunal para julgar as violações existentes ocorreu por meio de um tratado entre a ONU e o próprio Governo do país. Ainda assim, de forma semelhante aos casos da antiga Iugoslávia e Ruanda, houve o questionamento sobre o limite da competência daquele tribunal, na medida em que seria um tribunal de composição mista, com juízes nacionais e estrangeiros. Os questionamentos foram refutados baseando-se no aspecto da primazia do Tribunal Especial perante os demais órgãos judiciários do país, vez que este foi criado por tratado (nos moldes da Convenção de Viena sobre tratados) e representou um exercício de soberania de Serra Leoa.

Seguindo os mesmos moldes do tribunal para Serra Leoa foram criadas as Cortes mistas para Camboja e Timor Leste<sup>70</sup>. Em comparação aos tribunais internacionais *ad hoc* essa estrutura de Corte apresenta algumas vantagens. Eles são criados por um acordo bilateral entre os próprios países e as Nações Unidas, assim preservam a soberania estatal e integram juízes nacionais e estrangeiros. Esta integração permite que os julgamentos sejam mais equânimes posto que, os países ao saírem dos contextos de conflitos encontram-se totalmente desestruturados. Assim, dificilmente possuem órgãos judiciários com capacidade de realizar estes julgamentos.

Ademais, a mescla entre juízes permite que haja uma visão local do conflito (conhecimento do histórico do conflito) feita pelos juízes nacionais e por outro lado a visão externa (e mais imparcial) dos juízes internacionais.

---

<sup>69</sup>SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 57 e ss.

<sup>70</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. Cit. p. 98 e 99.

Neste cenário de internacionalização dos julgamentos de graves violações aos Direitos Humanos reacende-se a ideia de criação de um tribunal penal permanente<sup>71</sup>. Assim, por iniciativa da ONU foi elaborado o projeto de criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) que depois de muitos debates e adequações foi submetido à Conferência Internacional em 1998, quando então foi aprovado o Estatuto de Roma.<sup>72</sup>

Ressalta-se a importância da criação do TPI em razão de ser o primeiro tribunal criminal internacional permanente com responsabilização individual. Ou seja, ele resgata a lógica inaugurada pelos julgamentos em Nuremberg e Tóquio e reiterada, em certa medida, nos tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda. Entretanto, o TPI avança em garantias processuais para os acusados posto que, atende aos princípios de legalidade e imparcialidade. A criação deste tribunal põe fim, pelo menos de forma abstrata, na questão da legitimidade dos julgamentos na medida em que ele foi criado por um acordo internacional entre Estados.

Assim, há a previsão no Estatuto de Roma<sup>73</sup> dos crimes de competência do Tribunal – o art.5 dispõe que os crimes de guerra, agressão, os crimes contra a humanidade e o genocídio serão submetidos à Corte. Ademais a composição dos juízes ocorre por eleição dos países membros e com mandatos determinados, de igual modo a jurisdição do TPI só poderá ser acionada caso o país seja integrante da Corte<sup>74</sup> e no caso do Estado não ter promovido a responsabilização internamente (rege-se pelo princípio da complementaridade)<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup>A ideia de criar um tribunal permanente não é tão nova, tendo surgido inicialmente em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, posteriormente em 1926, por meio da Associação Internacional de Direito Penal e 1937, por meio da Liga das Nações, porém, diante de momentos históricos de grandes tensões político-jurídico nenhum destes projetos foi adiante.

<sup>72</sup>Segundo Norberto Bobbio, as atividades internacionais na área dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: promoção, controle e garantia. Sendo a garantia a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente. O tribunal Penal Internacional está inserido na atividade de garantia. BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier. p.58-59.

<sup>73</sup>O Estatuto foi aprovado em 18 de julho de 1998 por 120 votos favoráveis, 21 abstenções e 7 votos contra. O mesmo só entrou em vigor após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação e do período da *vacatio*. O Brasil é parte do TPI, tendo assinado o Estatuto em 2002, após a aprovação do Congresso Nacional (decreto-legislativo nº112) o mesmo foi promulgado por meio do decreto nº 4.388 de 2002. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. Op. Cit. 97.

<sup>74</sup>Essa limitação apresenta uma distorção, posto que, não são integrantes do TPI países como Estados Unidos da América e China, dois países com acento permanente no Conselho de Segurança da ONU. Isto porque um processo perante o tribunal pode ser iniciado por meio de denúncia feita por um Estado ao procurador, por investigações do próprio procurador ou por denúncia do Conselho de Segurança. É em parte contraditório que, em última análise, países que não integram o TPI possam realizar denúncias.

<sup>75</sup> Conforme disposto nos artigos 17 e 20 parágrafo 3º do Estatuto de Roma o Tribunal só agirá caso tenha havido julgamento por competente para tal fim ou no caso de ter ocorrido um simulacro de julgamento. Este dispositivo espelha a recomendação existente no primeiro princípio de Chicago a respeito da

Diferentemente das Cortes integrantes dos sistemas de proteção dos direitos humanos europeia e americana, o TPI julga indivíduos (enquanto essas cortes cuidam de processar Estados membros). Assim, as cortes europeia e americana de direitos humanos impõem sentenças para serem executadas no âmbito interno dos próprios Estados. Disto verifica-se que na fase atual a justiça de transição tende a internacionalização sem, contudo, esvaziar a atuação local.

Interessante observar que assim como o TPI, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também prevê que antes da demanda ser admitida internacionalmente deve ter sido perquirida a jurisdição interna. Desta forma entende-se que a primazia é pela adequada reparação pelas violações de direitos humanos e prevenção de novas práticas<sup>76</sup>. Ou seja, o objetivo precípua é a manutenção da paz e garantia de proteção de direitos como projeto comum as nações.

O desafio atual encontra-se em estabelecer os contornos da relação entre a soberania estatal e a atuação internacional. Isto porque, as entidades internacionais não são supranacionais, visto que são formadas pela vontade dos Estados, entre os quais há uma relação de coordenação. Portanto, estes órgãos sintetizam interesses comuns aos signatários e criam normas que os obrigam internacionalmente.

Nota-se, portanto que a atual fase da Justiça de transição anseia garantir e expandir o respeito aos Direitos Humanos e os caminhos adotados para tanto passam pela punição, predominando o uso do direito penal.<sup>77</sup> Neste sentido questiona-se de forma recorrente a concessão de anistias no plano internacional.

Observar os processos transicionais conjuntamente com fatos históricos e decisões políticas permite compreender o fenômeno atual de retorno (em certa medida) a ideia de internacionalização de proteção de direitos humanos. Isto porque, a configuração mundial está em constante alteração, exemplo disso são os diversos conflitos étnicos e religiosos com alto potencial de desagregar países e gerar graves violações aos direitos humanos.

Assim, com a proliferação de órgãos internacionais a intervenção destes em favor da paz e da proteção dos indivíduos se fortalece e os antigos questionamentos

---

prevalência dos tribunais domésticos em casos de crimes internacionais. Estatuto disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acessado em: 20/01/2015.

<sup>76</sup> Em razão disto, simulacros de julgamentos também são afastados, na medida em que não correspondem a regular prestação jurisdicional.

<sup>77</sup> O Tribunal Penal Internacional objetiva a responsabilização individual por crimes. Este aspecto representa uma alteração no próprio Direito Internacional que alça o indivíduo como ator da Comunidade Internacional.



sobre sua legitimidade perdem força. Recentemente o TPI proferiu sua primeira sentença<sup>78</sup> este é um exemplo significativo que a internacionalização é a tendência atual.

Outro exemplo marcante da amplitude da atuação dos tribunais internacionais é o caso de responsabilização de agentes militares por crimes praticados no período da ditadura militar na Argentina. O aspecto da transição democrática que aqui é destacado é a decisão do Congresso em invalidar leis anistiantes<sup>79</sup> e posteriormente a Suprema Corte cancelar essa decisão mesmo tendo passado quase 20 anos da promulgação destas leis. O principal fundamento da decisão da Corte foi, exatamente, as regras de direito internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre leis de anistia.

Como visto acima, na perspectiva genealógica de Teitel, a Argentina se enquadra na segunda fase da justiça de transição. Em verdade, há neste período a tensão entre anistia e justiça. Desta forma, é significativo observar que mesmo após quase 20 anos o Congresso Nacional tenha declarado a nulidade das “leis de impunidade”. Este novo momento argentino destaca a importância da persecução penal para que a transição seja considerada concluída. A decisão reflete ainda a consolidação do posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito das leis de anistia adotada na América Latina nos contextos da transição.

Dentre os diversos aspectos de relevo envolvidos neste caso, deve-se destacar que o direito internacional proibiu as denominadas autoanistias. Ou seja, de início o principal enfoque refere-se a quem formulou as leis de anistia e para quem elas foram direcionadas<sup>80</sup>.

No caso dos países da América Latina, que estavam transitando de regimes autoritários para a redemocratização as leis foram, em regra, promulgadas pelo poder executivo ou pelo poder legislativo (ainda sob forte influência do governo autoritário). Ou seja, na origem de criação do instrumento por meio do qual foi concedida teriam

---

<sup>78</sup>A sentença do caso *procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo* foi proferida em 2012. Disponível em: [www.icc.cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc.cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx). Acessado em: 15 de janeiro de 2015.

<sup>79</sup>Denominadas lei do ponto final (23.492/86) e lei da Obediência devida (23.521/87). A lei do ponto final estabelecia um lapso temporal para que fosse feita a citação do réu e ocorresse o prosseguimento do feito. Noutros termos, ela previa uma causa de extinção da punibilidade caso fosse ultrapassado prazo de 60 dias, contados de sua publicação, sem que houvesse a citação do réu. O objetivo principal desta lei era conter a quantia de processos judiciais ajuizados. Por seu turno a lei de obediência devida, tinha por fim afastar a punição dos militares de baixa ou média patente, sobre os quais recairia uma presunção absoluta de ter agido dentro das ordens dos superiores. Ou seja, trata-se da exclusão de responsabilidade penal diante da inexigibilidade de conduta diversa.

<sup>80</sup>TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2012. P. 84 e ss.

sido excluídas a participação popular, o que por si já contradiz a ideia de transição para um regime democrático.

Outro aspecto das leis de anistia, no contexto latino-americano que geram profundas controvérsias diz respeito à amplitude dos crimes anistiados. O direito internacional refuta a possibilidade de crimes contra a humanidade serem objetos de anistia. Torelly, assim, sintetiza a questão:

(...) resta claro qual pode ser, desde o ponto de vista legal, a correta medida de aplicação das anistias como medidas transicionais. Inexiste, no direito internacional, uma vedação às anistias o que existe efetivamente é uma vedação ao alcance de determinadas anistias, mais notadamente, as autoanistias e as anistias para graves violações contra direitos humanos. A utilização indiscriminada de leis de anistia, incluso autoanistias, durante a terceira onda acabou por produzir um enorme número de solicitações judiciais, nos planos nacionais e internacionais, de invalidação de leis de anistia que beneficiassem agentes de Estado que cometeram crimes contra os direitos humanos durante os regimes não democráticos, especialmente na América Latina. (...)”<sup>81</sup>

Portanto a utilização do instituto da anistia como mecanismo de justiça de transição merece ser revista e aprimorada. Por isso, para que sejam alcançados os objetivos de reconciliação e reestruturação do Estado constitucional de direito devem ser analisadas as possíveis limitações do instituto.

### 1.3 A sistematização dos mecanismos: Os princípios de Chicago

Princípios de Chicago foi a denominação feita por M. Cherif Bassiouni<sup>82</sup> a respeito dos mecanismos de transição. Ao longo de 7 (sete) anos de pesquisa e o envolvimento de especialistas de diversos países foi possível sintetizar 7 princípios ou parâmetros para a justiça de transição (denominada no trabalho como justiça pós conflitual “*post – conflict justice*”).

Essa organização dos princípios é um importante passo para efetivar a proteção dos direitos humanos. Bassiouni observou que após alguns conflitos os direitos das vítimas eram preteridos em detrimento de interesses políticos para viabilizar as negociações de paz. Ademais, a atuação dos organismos internacionais não raro, é emergencial, cara e mal articulada com os representantes locais, razão pela qual se tornam pouco eficientes.

---

<sup>81</sup>Ibidem, p. 90.

<sup>82</sup>BASSIOUNI, M. Cherif. Op. Cit. p. 35.

Por isso, o objetivo de uniformizar e definir conceitos e compartilhar informações viabiliza a maior integração e desenvolvimento do tema. A sistematização elaborada por Bassioni em conjunto com conselhos e institutos internacionais<sup>83</sup> desejou estabelecer princípios a partir de aspectos teóricos, mas também práticos. Isto demonstra a abrangência do estudo e a possibilidade de sua real aplicação em situações pós-conflitos.

O primeiro princípio diz respeito ao dever dos Estados na persecução penal dos supostos agentes acusados de praticar intensas violações aos direitos humanos e ao direito humanitário.<sup>84</sup>

Portanto, este princípio trata da responsabilização e punição dos agentes envolvidos com as graves violações. Ou seja, as investigações, os julgamentos e as punições devem ser concretizadas<sup>85</sup>. Para que haja um julgamento que privilegie as garantias processuais deve-se dar prioridade aos tribunais internos, quando esta realidade não for possível, aos sistemas híbridos - compostos pelas cortes internas e organizações internacionais. Isto porque, as cortes nacionais representam o monopólio do poder punitivo estatal, ou seja, aplicar a sanção implica exercício da soberania. Além disso, o julgamento inteiramente internacional apresenta desvantagens como o distanciamento dos julgadores em relação ao conflito.

Ocorre que em algumas situações a estrutura mesma do Estado está desmantelada, ou ainda é integrada com os grupos identificados com os opressores. Diante de situações como estas, para que a imparcialidade dos julgamentos se mantenha é recomendável a criação de tribunais mistos compostos por integrantes nacionais e internacionais. A integração com entidades internacionais impede que o órgão do poder judiciário determinado para realizar os julgamentos seja, por exemplo, cooptado pelo grupo que eventualmente esteja no poder.

Cabe ressaltar que se almeja concretizar um julgamento justo. Para que esta finalidade seja atingida é essencial que as investigações sejam conduzidas com seriedade, deve-se respeitar o princípio da legalidade (afastando criminalizações

---

<sup>83</sup>Dentre eles: International Human Right Law Institute, International Institute of Higher studies in criminals Sciences, Chicago Council on Global affairs e Chicago Council on Foreign Relations.

<sup>84</sup>Em sua versão original assim dispõe o primeiro princípio: “States shall prosecute alleged perpetrators of Gross violations of human rights and humanitarian law”

<sup>85</sup>O Estatuto de Roma encerra essa ideia já em seu preâmbulo que proclama: “(...) Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, (...)” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 12 jan. 2015.

pretéritas) e a competência do tribunal para apreciar o feito. Essas diretrizes evitam os simulacros de julgamento que acabariam por vulnerar ainda mais o momento transicional na medida em que reforçam a desconfiança das vítimas sobre as responsabilizações promovidas.

Neste primeiro princípio é ressaltada a importância da cooperação internacional e da garantia de direitos no âmbito judicial. Mesmo diante de indivíduos acusados de crimes graves devem-se respeitar o devido processo legal, a proibição de múltiplos julgamentos para a prática de um mesmo crime e os direitos da defesa. Entretanto, algumas alegações realizadas pelos acusados não devem ser consideradas no exercício de suas defesas, por exemplo, a justificativa de obediência hierárquica.

Este princípio coloca ainda balizas sobre a aplicação da anistia. Embora, internacionalmente haja, em geral, uma rejeição a autoanistia<sup>86</sup>, Bassiouni destaca que o recurso a anistia pode ocorrer desde que existam limites. Assim, este instituto não poderia ser aplicado para os crimes internacionais e os crimes considerados mais graves.

Ademais, esse mecanismo só poderia ser usado para aqueles executores de ordens com reduzido ou nenhum poder de mando. Dentro da lógica dos princípios de Chicago os agentes da mais alta patente, os superiores, devem ser o principal objetivo da persecução penal. Além disso, a anistia, quando for necessária, deve estar atrelada a outras formas de responsabilização.

Isso significa que a opção pela não persecução criminal não significa que outras formas de responsabilização não sejam possíveis. Lauro Joppert Swensson Jr. frisa esse entendimento ao analisar que no âmbito da justiça de transição cabe a sanção moral, social e as sanções jurídicas (civil e administrativa)<sup>87</sup>.

O segundo princípio enuncia o dever estatal de respeitar o direito à verdade e incentivar formas de investigação formais sobre as violações passadas por meio de Comissões da verdade ou outros mecanismos.<sup>88</sup> Este princípio apresenta o respeito ao direito à verdade das vítimas, seus familiares e também da sociedade. Essas têm o

---

<sup>86</sup>A conferência da ONU sobre Direitos Humanos estabeleceu em sua declaração item 60, da parte II: “Os Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito.” Disponível em:

[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao\\_viena.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao_viena.htm), acesso em 19 jan. 2015.

<sup>87</sup>SWENSSON JR., Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: Justiça de Transição no Brasil – Direito, Responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 28 e ss.

<sup>88</sup> Originalmente o segundo princípio estabelece: “States shall respect the right to truth and encourage formal investigations of past violations by truth commissions or other bodies”

direito de saber em quais circunstâncias seu familiar foi torturado e morto e quais foram os responsáveis por isso e a sociedade, de forma geral, tem o direito de saber quais foram os agentes que violaram direitos e praticaram condutas criminosas.

É nesta perspectiva de investigação que Bassiouni destaca o importante papel das comissões da verdade. A constituição destas comissões ganha relevo no momento em que elas possuem independência e imparcialidade. Elas não se caracterizam como meios de investigação processual, mas devem estabelecer uma investigação que promova publicidade para os fatos ocorridos no passado e permitam a criação de um espaço para que as vítimas possam ser ouvidas.

Estas comissões devem ter uma formação interdisciplinar para que sejam capazes de acolher os depoimentos das vítimas e testemunhas, ouvir os acusados das graves violações, terem condições de realizar pesquisas em arquivos, acervos e dados, elaborar relatórios, dentre outras atribuições. Além disso, a comissão deve ter um tempo determinado para atuar e ao final apresentar laudos e relatórios com recomendações. Não há uma forma prescrita para a atuação destas comissões, contudo elas devem realizar seus trabalhos de maneira transparente e de modo mais próximo possível da população.

O terceiro princípio assevera que os entes estatais devem reconhecer a posição das vítimas, garantir o acesso das mesmas à justiça e desenvolver remédios e reparações.<sup>89</sup> Neste princípio é ressaltada a preocupação com as vítimas. Isto é, o reconhecimento por parte do Estado de quem são as vítimas e quais serão as formas de promover as reparações. Podem ser pensadas reparações financeiras, tais como, as indenizações, aposentadorias, compensações e reparações morais como pedidos de desculpas e a recondução aos cargos que exerciam anteriormente, a assistência com cuidados médicos e psicológicos.

Também está inserido nesse princípio o direito de acesso à justiça. Ou seja, a gama de ações para reparar as vítimas é ampla e visam de certa forma, a sua satisfação e garantia a não repetição dos atos violadores de direitos humanos. Ou seja, na sistematização deste princípio há tanto a perspectiva da correção de atos passados como a promessa de efetiva mudança para o futuro.

---

<sup>89</sup>O enunciado do terceiro princípio foi assim consolidado: “States shall acknowledge the status of victims, ensure access to justice, and develop remedies, and reparation”

Quarto princípio dispõe que os Estados devem implementar políticas de veto (impedimentos), sanções e medidas administrativas.<sup>90</sup> Assim como o anterior, centra-se nos atores do período de opressão. Isso porque, neste princípio são abordadas as políticas de veto (*vetting policies*) já citadas anteriormente e as sanções e demais providências administrativas para os responsáveis por violações que integravam o governo. As políticas de veto são uma espécie de sanção administrativa a qual retira de suas funções aqueles agentes que praticaram crimes ou que foram coniventes com as atuações ilegais.

O principal objetivo dessas sanções é realizar a ruptura com as estruturas de ilegalidades anteriores e restabelecer a credibilidade nos órgãos e instituições estatais. Por isso os vetos devem abranger todos os setores estatais, não apenas os militares e de polícia, porque estes podem estar inseridos em uma política de terror estatal. Assim essa é uma medida que objetiva distinguir os regimes (anterior e sucessor), afastando os violadores das estruturas de poder, na qual poderiam continuar exercendo atividades ilegais.

O quinto e sexto princípios são muito próximos. Visto que ambos destacam a preservação da memória como mecanismo imprescindível de valorização dos direitos humanos e de manutenção de uma cultura de paz.

O quinto princípio enuncia o dever estatal de incentivar programas oficiais e iniciativas populares para preservar a memória das vítimas, promover a educação da sociedade a respeito da política de violações e preservar a memória histórica.<sup>91</sup> Dessa forma, aborda aspectos de conservação, divulgação e transmissão para as gerações posteriores dos fatos. A conservação do passado tem relevo para manter na história daquela sociedade quais foram os valores que predominaram e que devem permanecer. Ou seja, o fomento para a criação de datas históricas, celebrações, museus e memoriais são representativos para que as gerações seguintes tenham acesso de forma mais completa aos fatos ocorridos e deste modo se torne possível promover uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos.

A educação das novas gerações também deve ser uma preocupação no processo transicional. Garantir que o ensino transmita os mesmos valores que permitiram a

---

<sup>90</sup>Tal princípio foi assim enunciado: “States should implement vetting policies, sanctions, and administrative measures”

<sup>91</sup>Assim dispõe o quinto princípio: “States should support official programs and popular initiatives to memorialize victims, educate society regarding past political violence, and preserve historical memory.”

mudança política do país é um dos objetivos a ser perquirido. Isto porque a manutenção da paz passa pelo compartilhamento de uma história e de valores comuns.

O sexto princípio expõe que os Estados devem apoiar, estimular e respeitar as formas tradicionais, indígenas e religiosas de cuidar das violações passadas.<sup>92</sup> Deve haver a preservação de mecanismos tradicionais para essa transmissão, como por exemplo, os atos religiosos e culturais dos diversos grupos que compõe o país. Assim o Estado deve incentivar a valorização da memória por meio de ações informais e não somente as iniciativas estatais. Por tal razão, frisa-se, no sexto princípio, os mecanismos das culturas tradicionais que tenham sofrido com as violações praticadas.

Ou seja, no contexto de transição deve-se focar que o Estado irá respeitar a diversidade das etnias existentes em seu território<sup>93</sup>, e mais, permitir os grupos religiosos ou indígenas realizem ritos próprios de transição. Isso permite que haja uma identificação e maior aproximação entre as vítimas desses grupos e o Estado do qual fazem parte. Este princípio ganha especial importância, uma vez que, os diversos conflitos atuais, possuem elementos étnicos.

Já o sétimo princípio preceitua que os Estados devem se comprometer com uma reforma institucional para dar sustentação ao Estado de Direito, restaurar a verdade pública, promover direitos fundamentais e apoiar uma boa governança.<sup>94</sup> Isto significa que o Estado deve ocupar-se em promover as reformas institucionais necessárias para o fortalecimento democrático e a efetivação dos direitos humanos. Esta reforma institucional deve ser feita de modo mais transparente possível permitindo que haja notoriedade. O fechamento ou desativação de algumas instituições e a criação de outras torna visível a mudança, a inovação na transição política e juntamente com as *vetting polices* resgata a confiança social no aparato estatal.

Este princípio evoca ainda a importância dos serviços de inteligência, forças armadas e demais entes das forças de segurança se desmobilizarem e serem reintegrados

---

<sup>92</sup>Assim dispõe, em síntese, o sexto princípio: “States should support and respect traditional, indigenous, and religious approaches regarding past violations.”

<sup>93</sup>A respeito da importância de coexistência entre a concepção ocidental de direitos humanos e do contexto cultural local, destaca Boaventura de Souza Santos: “Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais medidas e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção nesse sentido não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*, Contexto Internacional. Rio de Janeiro, vol.23, n.1, janeiro-junho de 2001. P. 7-34. p.21

<sup>94</sup>O sétimo princípio assevera: “States shall engage in institutional reform to support the rule of law, restore public trust, promote fundamental rights, and support good governance.”

socialmente. A atuação destes entes deve ser controlada por civis e deve haver a constante preocupação com o respeito aos direitos humanos e aos direitos humanitários.

Paul Van Zyl<sup>95</sup> assevera a importância dos trabalhos das comissões da verdade também neste sentido. A adequada investigação e resgate dos acontecimentos pertinentes ao conflito viabilizam que ocorra a depuração de agentes e órgãos realmente envolvidos com corrupção e demais crimes graves como homicídios, desaparecimentos forçados, estupro, entre outros.

Além dessa visão sobre o passado o trabalho das comissões, ao realizar o relatório com sugestões e recomendações de ação, pode auxiliar na elaboração dos programas de desarmamento, desmobilização e reintegração (DDR) dos órgãos de inteligência, polícia e órgãos militares. Para Paul Van Zyl este programa precisa ser cuidadosamente elaborado para que fomente a participação e não promova a impunidade. Em razão destes dois objetivos os programas de DDRs devem ser direcionados para os militares que cometeram crimes considerados menos graves<sup>96</sup>.

Em que pese essencialmente a estrutura militar e de polícia seja o foco da mudança, não só os setores de segurança pública, mas também instituições judiciais e demais órgãos que integram a estrutura do governo devem se reestruturar. Por fim as leis devem ser também alteradas para se adequarem ao novo regime de governo.

Diante da análise destes princípios, nota-se que a persecução penal é o primeiro a ser enumerado. Ainda que não exista uma gradação em importância entre os mesmos e tampouco haja obrigatoriedade de implantação de todos, este aspecto é representativo da primazia da sanção penal e a limitação para a concessão de anistia no plano internacional.

Outro aspecto de relevo são os verbos utilizados nos enunciados; ao estabelecer que os Estados “devem punir” a estrutura da frase utiliza o verbo *shall*<sup>97</sup> que em inglês representa um dever em sentido de obrigação enquanto o verbo *should* embora seja traduzido pela mesma palavra possui caráter sugestivo. Estas observações demonstram a leitura feita internacionalmente da importância da punição penal nos casos de transição.

---

<sup>95</sup>ZYL, Paul Van. Op. Cit. p. 62

<sup>96</sup>Paul Van Zyl exemplifica o trabalho dos programas de DDR com a experiência realizada no Timor – Leste: “(...) Por exemplo, a Comissão para a Recepção, a Verdade e a Reconciliação (CRTR, na sigla em inglês) em Timor-Leste utilizou um enfoque especialmente inovador para promover a reintegração de perpetradores de crimes mais leves permitindo a eles apresentar-se, revelarem seus crimes e acordarem o início de um ato de reconciliação (que frequentemente incluía o serviço comunitário) como condição prévia para afastarem-se da responsabilidade dos seus crimes.” Ibidem, p.62 e 63.

<sup>97</sup>A mesma estrutura se apresenta na formulação do segundo, terceiro e sétimo princípios.



Por fim, estes princípios e recomendações são propostos com o objetivo de melhor instrumentalizar as Nações que, por vezes, estão totalmente destruídas por conflitos perenes, frutos de animosidades seculares, ou por regimes totalitários extremamente opressores. Neste cenário, é preciso que a reconstrução nacional assegure os direitos de vítimas e formas de punição para os responsáveis pelas violações perpetradas, somando-se a isso, é necessário justificar para a sociedade as razões pelas quais determinadas opções foram feitas e conseguir reintegrar os setores em oposição.

## 2 ANISTIA

### 2.1 Origens e conceito

O instituto da anistia identifica-se como um dos atos de indulgência soberana. Somente o Estado que possui o *ius puniendi*<sup>98</sup> poderia conceder clemência aos fatos criminosos. A renúncia ao direito de punir deve servir para abrandar os rigores da lei abstrata, corrigir eventual erro do judiciário e para que, nas palavras de Franz Von Liszt, “a política triunfe à custa do direito”<sup>99</sup>. A anistia se insere dentre as manifestações do poder de graça<sup>100</sup>, a qual em sentido amplo abrange além da concessão de anistia a possibilidade de conceder graça (em seu sentido estrito), de indultar e comutar penas<sup>101</sup>.

A respeito da origem do instituto, cuidam os historiadores<sup>102</sup> de localizá-la na Antiguidade Clássica. No período de 594 a.C., com um ato amplo, Sólon teria reintegrado os direitos e a condição de cidadão para indivíduos que os haviam perdido por sentença.<sup>103</sup>

Há registros destes atos de clemência, no próprio *digesto*<sup>104</sup>. Durante o período da República Romana, estes atos eram resultado da vontade do povo (por meio da *jus*

---

<sup>98</sup>O direito de punir concentrado no ente estatal mostra a necessidade humana de viver coletivamente. Em razão disso, observa-se que a criação de leis e sanções para os que as transgridem é imprescindível para que haja um espaço de liberdade. Ou seja, concentrar o poder punitivo nas mãos do Estado foi essencial para a consolidação do Estado Moderno. Neste sentido é a assertiva de Beccaria: “As leis são as condições com que os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem num contínuo de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. SABINO Jr., Vicente. (trad.) São Paulo: CD, 2006. P. 20.

<sup>99</sup>LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. PEREIRA, José Higino D. (trad.) 1ª Ed. Campinas: Russell, 2003. P.425

<sup>100</sup>JESUS, Damásio. Direito Penal parte geral. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 691.

<sup>101</sup>A comutação de penas visa abrandar a punição recebida. Essa ideia de clemência foi utilizada largamente no Brasil no período imperial após a carta de lei de 11 de setembro de 1826. Esse documento dispunha que nenhuma sentença de morte seria cumprida sem que antes o Poder moderador tivesse ciência do caso. Na prática a existência desse recurso aboliu a aplicação da pena de morte no Brasil. CARVALHO FILHO, Aloysio de. Comentários ao Código Penal. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P.113 e ss. No mesmo sentido, revelando a significativa relevância do instituto do indulto e comutação de penas para a atualização da legislação GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4ª Ed. Vol. I, tomo II. São Paulo: Max Limond, 1977. P. 672.

<sup>102</sup>MARTINS, Roberto Ribeiro. Anistia Ontem e Hoje. 3ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2010. P. 24

<sup>103</sup>Ocorreram momentos públicos de esquecimento de crimes também com Patrocleides no período de queda do império ateniense, em 405 a.C. e com Trasíbulo no bojo de um acordo de paz entre espartanos e atenienses que culminou no perdão de trinta tiranos. Houve uma votação em praça pública para o perdão destes tiranos. Ibidem.

<sup>104</sup>Neste período havia o receio de que os cônsules, importantes magistrados (que exerciam o sumo poder) no período republicano da Roma antiga, exorbitassem de seus poderes, em razão disto, criou-se o recurso (aqui não empregado em seu sentido técnico) para o povo romano perdoar e anular as condenações em situações nas quais a pena de morte fosse aplicada. É nesse sentido que dispõe o Digesto, Livro 1º, tit. 2º,

*provocationis ad populum e a intercessio*)<sup>105</sup> ou considerados manifestações dos deuses para balizar a atuação dos cônsules. Já no período Imperial Romano, o poder da indulgência foi monopolizado na figura do imperador e os instrumentos para sua aplicação passaram a ser mais restritos.

No transcorrer da Idade Média a essência do instituto da anistia, que é o esquecimento de práticas delituosas em prol do interesse social, não subsistiu. Isto porque neste período o poder político é exercido pelos senhores feudais, ou seja, a nobreza voltava-se para interesses próprios. Há a prática de outros atos de clemência com finalidades diferentes, geralmente pessoais.<sup>106</sup>

Em que pese não haja nesses institutos históricos os mesmos aspectos formais e processuais dos atuais institutos da anistia, graça em sentido estrito, indulto e comutação de penas o fundamento teórico que se extrai deles permanece. A justificação para a indulgência soberana se identificava com o necessário abrandamento da lei abstrata ao caso concreto.

Embora este seja o fundamento amplamente utilizado algumas críticas são reconhecidas. Aloysio de Carvalho Filho<sup>107</sup> destaca que este argumento não se justificaria atualmente na medida em que a sanção penal deixou de ser identificada simplesmente com a vingança. Ou seja, em contextos históricos nos quais as penas apresentavam especial requinte de crueldade e a execução objetivava gerar sofrimento a clemência soberana era um real meio de minorar seus efeitos nefastos. Assim, o referido direito de graça não seria necessário em regimes democráticos, nos quais as leis penais não são frutos do interesse do soberano, mas legitimadas pelo parlamento (pelo poder Legislativo que representa a própria vontade do povo).

Este argumento pode ser demonstrado com a experiência europeia. Neste continente existe uma tendência de diminuição na utilização de leis de anistia. Isto porque, há um fortalecimento paulatino da democracia, ou seja, no contexto da União Europeia tem se mantido a estabilidade política.<sup>108</sup>

nº2, §16. Ele não dispõe especificamente a respeito da anistia, mas abrange a possibilidade da clemência manifestada pelo povo. CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. Cit.106.

<sup>105</sup>O “*jus provocations ad populum*” permitia que o povo avaliasse por último a condenação para os casos de pena de morte, privativa de liberdade e da cidade. Por sua vez a *intercessio* consistia um apelo ao tribunal do povo que poderia até mesmo anular toda a acusação. Por fim, enumera-se outra medida privativa do Senado consistente na *abolitio publica*. *Ibidem*. P.106

<sup>106</sup> MARTINS, Roberto Ribeiro. Op. Cit. p. 29.

<sup>107</sup>*Ibidem*. P. 116.

<sup>108</sup>RAMBAUD, Thierry. A anistia. In: *Clemência e Direito: Anistia, prescrição e graça, no direito internacional e comparado*. (Org.) FABRI, Hélène Ruiz et al. Rio de Janeiro: Lumen jures, 2011. Pg.226

Beccaria salientava que estes atos de indulgência poderiam acarretar situações de flagrante impunidade. No seu entender um conjunto de leis perfeito não precisaria da prática de benevolência. Portanto, a solução para melhor adequar a lei ao caso concreto deve ser a mudança legislativa; se a lei não é a resposta mais adequada para o caso determinado significa que ela deve ser alterada. Assim, a certeza de punição, ainda que a pena seja mais branda, gera uma coação psicológica indispensável para a manutenção social.<sup>109</sup> Em semelhante sentido Basileu Garcia<sup>110</sup> aduziu que os positivistas consideravam os atos de clemência uma afronta ao princípio da defesa social.

Em que pese inúmeras críticas aos atos de benevolência estatal, a anistia deve ser vista com alguma distinção dentre as demais formas de clemência. Isto porque ela não se reveste em ato discricionário do chefe do poder executivo, mas representa o resultado de um consenso (ou ao menos tentativa de consenso) entre os diversos setores sociais representados no parlamento. Ademais, é um mecanismo pensado para situações de excepcional crise de instabilidade política e social. Lauro Joppert expõe que a situação excepcional é o que conduz a ocorrência de crimes.<sup>111</sup> É esse contexto que legitima a anistia.

A anistia surgiu a partir do direito de graça em sentido amplo. Contudo se diferenciou por ser um instituto essencialmente associado com períodos democráticos<sup>112</sup>. Ele se distingue da graça em sentido estrito por ser uma medida não individual, aplicada a fatos e que não pressupõe uma solicitação do agente que praticou o crime<sup>113</sup>. De igual modo a anistia se distingue do indulto na medida em que não depende do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, o indulto se caracteriza por abarcar um grupo indeterminado de pessoas que preencham os requisitos estabelecidos pelo decreto que o define. Assim, não cuida dos fatos criminosos, mas das penas aplicadas ou já parcialmente cumpridas e de situações

---

<sup>109</sup>BECCARIA, Cesare. Op. Cit. p.79 e 80.

<sup>110</sup>GARCIA, Basileu. Op Cit. P.679.

<sup>111</sup>Para o autor a caracterização da excepcionalidade e consequente justificativa para a concessão de anistia deve-se verificar: "(...) a) são situações cujo contexto (social, político, ideológico, etc.) que motivaram determinados crimes já não existe mais e presumivelmente incapaz de reproduzir-se no futuro ou num futuro próximo; b) situações em que a aplicação da legislação penal é considerada inoportuna ou injusta." SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Anistia Penal problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007.p.169.

<sup>112</sup>A graça e o indulto se manifestam como ato de benevolência do monarca (da autoridade central), por isso, por vezes não se associam aos interesses sociais. MARTIS, Roberto Ribeiro. Op. Cit. p. 27

<sup>113</sup>Ressalta-se que a anistia não é requerida, entretanto, a iniciativa parlamentar para a criação do projeto de lei pode surgir de manifestações populares como ocorreu no Brasil na década de 70. Assim, a anistia pode ser produto do clamor social em que pese não haja um pedido formal para sua concessão. Neste sentido: GARCIA, Basileu. Basileu.Op. Cit.

pessoais específicas dos condenados (como, por exemplo, idade, condição de saúde, bom comportamento, etc.).

A anistia pode extinguir a própria pretensão punitiva do Estado não só a pretensão de execução da pena como ocorre com o indulto e a graça, por isso diz-se que é um instituto mais amplo. A anistia também se diferencia por ser precipuamente dirigida a determinado fato (ou fatos), ao qual, o Estado não considera conveniente realizar a persecução penal. Isto é, a prática de crime deixará de ser punida em determinado momento.

Embora implique o esquecimento de determinado crime ela não se confunde com a denominada *abolitio criminis*<sup>114</sup> causa de extinção da punibilidade que retira do ordenamento jurídico a previsão de determinada conduta como crime. Isto é, a *abolitio criminis* retira do ordenamento jurídico a norma penal em abstrato em sua integralidade (norma que prevê a conduta e sua respectiva sanção) já a anistia irá excluir somente a sanção penal. Em razão disto, diz-se que a anistia é lei retroativa que será elaborada após a prática delitiva. Entretanto, ela prescinde do início da investigação criminal ou do processo penal e poderá ser aplicada mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ou seja, a anistia advém da ideia da existência de um poder soberano que é legitimado para punir e também para impedir ou evitar esta punição. Nota-se que a anistia faz cessar a consequência jurídica da realização de um crime<sup>115</sup> (fato típico, ilícito e culpável), ou seja, a sanção penal, não irá ocorrer. O preceito secundário da norma penal incriminadora não será imputado ao agente. Portanto, salienta-se que assim como a pena, a medida de segurança também poderá ser abrangida pelo ato de clemência.<sup>116</sup>

Essa caracterização do instituto da anistia tradicionalmente o coloca dentre uma das causas extintivas da punibilidade.<sup>117</sup> Isto é, o crime ocorreu (mesmo que apenas

---

<sup>114</sup>Significa abolição do crime, que ocorre quando determinada conduta deixa de ser caracterizada como criminosa em virtude da revogação da lei, seja pela promulgação de uma nova lei ou pelo fim da vigência de uma lei temporária ou excepcional.

<sup>115</sup>Roxin estrutura o conceito analítico de crime de forma diversa incluindo a punibilidade como um dos elementos. ROXIN, Claus. Política Criminal e estrutura, 1992, p. 62.

<sup>116</sup>DOTTI, René A. Curso de Direito Penal – parte geral. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 765.

<sup>117</sup>Em sentido contrário, Paulo César Busato compreende que a anistia quando concedida após a sentença condenatória não poderia se falar em extinção da punibilidade, na medida em que ela já foi verificada, o que não sobrevirá é a extinção da execução da sanção. Por outro lado, quando a anistia for concedida antes ou durante o processo criminal tampouco pode-se falar em causa extintiva da punibilidade. De acordo com o entendimento do autor essa situação gerará uma verdadeira *abolitio criminis*. BUSATO,

tenha atingido a esfera da tentativa), mas a responsabilização pela conduta não irá advir em virtude da renúncia do Estado.

Ocorre que, a extinção da punibilidade abarca institutos com consequências jurídicas distintas. Por exemplo, no direito brasileiro, a retratação do agente e a renúncia ao direito de queixa também são consideradas causas extintivas da punibilidade ainda que a retratação seja condição de procedibilidade da ação e a renúncia seja direito subjetivo do ofendido.

Ou seja, embora a consequência seja a mesma (impedir o exercício do *ius puniendi* estatal) a anistia, assim como os exemplos acima extingue a punibilidade antes mesmo que haja uma sentença penal condenatória.<sup>118</sup> Interessante observar que mesmo estando em momento anterior a efetiva verificação da responsabilidade penal – autoria e materialidade de um fato típico, ilícito e culpável - será suprimida a punibilidade. Opera-se uma análise *ex ante* da impossibilidade de aplicação e execução da sanção penal.

René Ariel Dotti<sup>119</sup> assim define a anistia: “A anistia é o ato legislativo pelo qual o Estado renuncia ao poder-dever de punir o autor do crime, atendendo a razões de necessidade ou conveniência política”. Depreende-se desta definição um dos pontos mais controvertidos da aplicação do instituto, as razões para a sua promulgação. As razões políticas visadas em anistias concedidas em momentos de transição relacionam-se principalmente com a ideia de promoção da paz sustentável e da reconciliação nacional. Também neste sentido o instituto é definido por Freeman<sup>120</sup>:

A anistia é uma medida legal, adotada em circunstâncias excepcionais, cuja função primária é remover, condicional ou incondicionalmente, a possibilidade e as vezes mesmo as consequências de um procedimento legal contra determinados indivíduos ou classe de pessoas em relação a também designados tipos de ofensas.

---

Paulo César. *Direito Penal parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. P. 610. Também considerando a anistia com natureza jurídica diversa, Guilherme de Souza Nucci afirma que ao produzir o esquecimento da infração penal, o referido instituto seria melhor compreendido como causa excludente de tipicidade. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 582.

<sup>118</sup>Como será visto adiante pode ocorrer anistia também após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, denominada anistia imprópria.

<sup>119</sup>Loc. Cit.

<sup>120</sup>FREEMAN, Mark. *Necessary Evils: Amnesties and the search for justice*. Cambridge: Cambridge university Press, 2009. P.

Nas palavras de Thierry Rambaud<sup>121</sup>, a anistia é um instituto extremamente relevante para a teoria geral do Estado. Isto porque, ela é promovida não visando o interesse individual, de quem deixará de receber a punição, mas se converte em interesse do próprio Estado. Este aspecto se desdobra em, pelo menos, dois pontos importantes. Primeiro, porque a anistia se identifica como uma medida impessoal, logo para uma pluralidade de pessoas diante de um fato. Segundo, este ato de clemência é essencialmente um ato de direito interno<sup>122</sup>.

Contudo, o fundamento da reconciliação e promoção da paz induz críticas, posto que em última análise, poderia ferir o princípio da isonomia. No momento em que legisladores anistiam determinados fatos estão selecionando um determinado grupo para não respondê-los criminalmente. Assim pessoas que praticam os mesmos crimes, mas em situações diferentes receberão tratamento diferente visto que o tipo penal não se altera. Refutando essa crítica Lauro Joppert destaca que o critério de igualdade subjacente às concessões de anistia ultrapassa a ideia de igualdade formal<sup>123</sup>. Ou seja, ao ser promulgada uma lei de anistia o Estado estaria desigualando acusados da prática de determinado crime em razão de considerar que os agentes dos fatos criminosos a serem esquecidos não estão em igualdade de posição perante outros agentes. Assim, a anistia conserva a ideia de igualdade material que vislumbra um tratamento diferenciado para situações que apresentam aspectos também diversos.

Nota-se que há nos institutos de clemência um aspecto político. Muñoz Conde<sup>124</sup> enfatiza este aspecto especialmente na anistia. Segundo o autor majoritariamente este instituto está atrelado a mudanças profundas no regime político e jurídico, isto porque, o próprio direito penal espelha estas concepções, logo havendo alteração no elemento estruturante a atuação do direito penal também mudará e a punição anteriormente exigível perde seu sentido de dirimir conflitos e restabelecer a paz social.

---

<sup>121</sup>RAMBAUD, Thierry. A anistia. In: *Clemência e Direito: Anistia, prescrição e graça, no direito internacional e comparado*. (Org.) FABRI, Hélène Ruiz et al. Rio de Janeiro: Lumen jures, 2011. P. 219.

<sup>122</sup> No plano internacional a anistia apresenta uma forma e finalidade distinta da anistia concedida no plano interno que se forma por meio de lei (expressão da vontade do povo) e é voltada para o interesse de pacificação social. No plano internacional a anistia insere-se como cláusula de tratado de paz na qual os Estados envolvidos na guerra renunciam aos interesses de responsabilização. *Ibidem*, p. 220

<sup>123</sup>Ou seja, sob um enfoque formal, a lei deve ser aplicada a todos. Entretanto, considerando o processo de subsunção dos fatos às normas deve-se compreender que na análise de casos concretos surgem elementos distintivos que podem justificar um tratamento desigual, por tal razão fala-se em igualdade material. A igualdade material consiste na atuação diferenciada da resposta estatal para pessoas e situações desde que seja reconhecida uma motivação para a distinção, que seja justificável e seja considerada legítima. SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Op. Cit.

<sup>124</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris: 1988. P. 173 e ss.

De acordo com Delmanto<sup>125</sup>: “Embora a anistia tenha sentido político, cabe exclusivamente ao judiciário examinar seu alcance e fazer sua aplicação, como o faria com qualquer lei penal”. Ou seja, no tocante aos limites da concessão da indulgência há a importante questão a respeito dos limites do controle jurisdicional sobre os atos políticos.

Isto porque em um ordenamento jurídico, no qual há a supremacia da norma constitucional todas as demais normas extraem sua validade da própria constituição e por isso devem ser compatíveis com ela. Assim, entendendo-se que a concessão de anistia tenha natureza jurídica de lei<sup>126</sup> dentro do Estado democrático também ela está submetida ao mecanismo de controle de constitucionalidade. Esta é uma consequência relevante na medida em que a validade e aplicabilidade da lei podem ser subordinadas à decisão do poder judiciário<sup>127</sup> (ou ao órgão responsável por realizar o referido controle).

Este é um aspecto de tensão entre a atuação do poder judiciário, legislativo e também executivo. No entanto, conforme dispõe Aloysio de Carvalho<sup>128</sup>, o ato de conceder anistia se diferencia do ato de aplicar os preceitos anistiantes. Diante disso é importante notar que há uma discussão política para a adoção do instrumento de anistia.

A diferenciação entre os atos de indulgência (graça, anistia, indulto e comutação de penas) permite compreender os distintos instrumentos utilizados para a concessão de cada um deles. Da mesma forma que a previsão dos atos considerados crimes ocorre por lei<sup>129</sup> a competência para excluir a punibilidade deve ser por ela determinada. Por isso, o legislativo é, em regra, o ente que promulga a anistia<sup>130</sup>. No Brasil<sup>131</sup>, a lei ainda deve

---

<sup>125</sup> DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.393.

<sup>126</sup> Importa destacar que na maioria dos países a anistia é concedida por lei tanto em sentido formal e também em sentido material. Na Itália, entretanto, a anistia é concedida pelo poder executivo mediante uma autorização feita pelo parlamento. Ou seja, este delegava ao chefe do poder executivo os poderes para concessão desse ato de clemência. No entanto, este procedimento diferenciado foi alterado com a lei constitucional de 6 de março de 1992.

<sup>127</sup> Paulo Abrão destaca a importância do posicionamento do poder judiciário no Brasil. Segundo o autor, os tribunais aderiram a tese de consenso entre governo e opositores e estenderam a anistia concedida pela Lei nº6.683/79 para todos os crimes conexos ao crime de resistência ocorridos no regime militar. ABRÃO, Paulo A Lei de Anistia no Brasil: As alternativas para a verdade e a justiça. **Revista Acervo**, Rio de Janeiro. V.24, nº1, p.119-138, jan-jun.2011. Disponível em: <<http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/466/391>>. Acesso em: 15 Mar. 2015

<sup>128</sup> CARVALHO, Aloysio de. Op. Cit. p.

<sup>129</sup> Assim ocorreu na Argentina com as Leis nº, no Uruguai, em El Salvador com a Lei nº 486, conhecida como “Lei de Anistia para a Consolidação da Paz”, no Peru com as Leis nº 26.479 e 26.492 ambas de 1995 e na Espanha, por exemplo, as anistias foram realizadas por leis.

<sup>130</sup> Na Itália o legislativo tem poder de escolher os crimes para os quais irá conceder anistia, contudo o tribunal constitucional se manifestou no sentido de que estas leis devem ser excepcionais. RAMBAUD, Thierry. Op. Cit. 231.



ser sancionada pelo poder executivo e aplicada pelo poder judiciário. Portanto, inicialmente, a sua previsão, se insere no conceito de Estado democrático, posto que, a sua concretização irá depender da manifestação harmônica dos três poderes especialmente do poder legislativo.

Nos momentos de transição, esse elemento da harmonia e independência dos poderes na elaboração e aplicação da lei gera algumas das diversas críticas à utilização do instituto. Rambaud<sup>132</sup> salienta que além da possível violação ao princípio da isonomia (já referido anteriormente) questiona-se a utilização do instituto na medida em que os Estados democráticos baseiam-se nos princípios da separação de poderes e da não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência que será abordado adiante quando for analisada a possibilidade de renúncia à anistia).

O julgamento das condutas delitivas e a eventual responsabilização criminal devem ser verificadas no bojo da relação processual conduzida pelo poder judiciário. Entretanto no momento em que uma lei de anistia é promulgada haveria uma mitigação nesta divisão entre as funções. Isto porque a concessão da clemência pode ocorrer antes do início do processo cabendo ao judiciário apenas reconhecê-la para o acusado. Ou a anistia é promulgada depois do trânsito em julgado da sentença e a decisão judicial proferida não será executada. Contudo, esta situação incomum se justifica na medida em que a possibilidade de concessão de anistia, assim como a estrutura da organização estatal, são previstas constitucionalmente e se justifica para momentos excepcionais.<sup>133</sup>

Em relação à sua origem etimológica, a anistia provém do grego antigo *amnestía* (radical comum a palavra amnésia) “a” é um prefixo de negação (privação) e *mnêstis* (lembrança)<sup>134</sup> assim, *amnestia* significa esquecimento<sup>135</sup>. Essa ideia de esquecimento permanece no conceito desse instituto e muitos doutrinadores<sup>136</sup> destacam como seu principal aspecto. Gabriele Della Morte<sup>137</sup>, por exemplo, acentua:

Por conseguinte, sua definição pode representar um exercício insidioso: de fato, seu sentido varia de acordo com o contexto de referência, mas guarda

---

<sup>131</sup>De forma semelhante, na França também há a possibilidade do parlamento atribuir ao chefe de Estado a permissão de concessão de anistia.

<sup>132</sup>RAMBAUD, Thierry. Op. Cit. p. 230.

<sup>133</sup>Loc. Cit. p. 228.

<sup>134</sup>Loc. Cit. p.219.

<sup>135</sup>SWENSSON, Lauro Joppert Jr. (Re)pensar o passado breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil.

<sup>136</sup>MIRABETI, Fabrini. BITTENCOURT, César Roberto. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; e GUEIROS, Artur B.

<sup>137</sup>DELLA MORTE, Gabriele. Anistias em Direito Internacional. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. Clemência e Direito: anistia, prescrição e graça no direito internacional e comparado. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.p. 27.

um núcleo duro de significado detectável a partir de sua etimologia (proibição de se lembrar ou, inversamente, obrigação de se esquecer).

O referido autor destaca a pluralidade de sentidos que o conceito abrange na medida em que ele abarca situações heterogêneas.<sup>138</sup> A aplicação da anistia, por vezes, fazia menção expressa ao objetivo de esquecer a prática do crime.<sup>139</sup> Este objetivo era explicitamente citado nos tratados de paz e de cessar fogo.

Isso significa que, independente do momento no qual seja concedida, a anistia tem como consequência apagar os fatos criminosos. O esquecimento da infração penal é um dos objetivos visados pelo legislador ao pronunciar a anistia. Esta característica fundamenta a própria adoção do instituto em momentos de instabilidade política e perturbações sociais.

Como se verá adiante, a anistia apresenta como objeto precípuo os crimes políticos. Contudo, entende-se que a lei pode estender seus efeitos para crimes eleitorais, militares e crimes de imprensa,<sup>140</sup> alguns autores salientam que crimes comuns também poderiam ser abarcados, embora não seja comum tal abrangência<sup>141</sup>.

Por ocorrer em momento político peculiar, geralmente as leis de anistia são propostas e aprovadas quando as próprias instituições estatais estão fragilizadas ou desacreditadas ou fragmentadas, sua adoção se associa com a ideia de perdão. Ao ser pronunciada a renúncia ao poder de punir, ou seja, no ato de clemência estaria incutido o propósito de perdoar esses fatos com vias a promover a pacificação e reconciliação.

Entretanto, Lauro Joppert<sup>142</sup> destaca que o perdão quando utilizado como meio para alcançar determinado objetivo, ainda que seja altruístico, se descaracteriza como tal, na medida em que deixa de ser uma “renúncia não negociável” para representar uma troca. Além disso, o ato de pedir perdão e de conceder perdão são restritos ao autor e a

---

<sup>138</sup>Gabriele Della Morte aponta, em perspectiva histórica, as ideias subjacentes à concessão de anistias. Sob este enfoque o autor demonstra, por meio do relatório feito por L. Joinet, que houve uma profunda alteração sobre a percepção da anistia. De início a concessão dessa clemência é vista como medida defendida para possibilitar o direito de liberdade de presos políticos. Atualmente, há uma inversão desta concepção. Ou seja, a anistia passou a significar um ato que proclama a impunidade e oprime o direito das vítimas. *Ibid.*, p.29.

<sup>139</sup>DELLA MORTE cita o tratado de Osnabrück assinado em 1648 que integrava o conjunto de tratados da denominada Paz de Westfália que colocaram fim a Guerra dos 30 anos, o Tratado de Nimegue (1678) que pôs fim à Guerra Franco- Neerlandesa e o Tratado de Paris de 1713 que pôe fim a Guerra dos sete anos. Em todos estes tratados há a palavra “esquecimento”. DELLA MORTE, Gabriele. *Op. Cit.* 28.

<sup>140</sup>GARCIA. Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª Ed. Vol. I, tomo II. São Paulo: Max Limond, 1977. P. 671.

<sup>141</sup>BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal parte geral*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.876.

<sup>142</sup>SWENSSON, Lauro Joppert Jr. *Anistia Penal problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007.p.137.

vítima da agressão. Não caberia ao Estado perdoar porque ele representa uma força heterônoma ao conflito. No entendimento do referido autor, portanto, os atos de indulgência, em especial a anistia, não poderiam ser identificados com o perdão.

Outra característica da anistia é sua irrevogabilidade. Assim, uma vez concedida não pode ser revogada em razão de dois fundamentos principais: a segurança jurídica e da vedação da retroatividade da lei penal mais gravosa. Entende-se que a segurança jurídica seria abalada na medida em que o Estado estaria se posicionando de forma contraditória quando inicialmente renúncia ao *ius puniendi* e posteriormente procura desfazer os efeitos da clemência concedida.

No tocante à vedação da retroatividade da lei penal gravosa, deve-se destacar que a Lei de anistia é uma lei penal. Portanto ao dispor sobre a renúncia à sanção penal para determinados fatos esta se caracteriza como uma *Lex mitior*<sup>143</sup>, o que significa dizer que é uma lei mais benéfica ao réu e por isso sua revogação geraria a retroatividade de lei penal mais grave.

## 2.2 Classificações

A anistia a depender das características que apresenta possui diferentes classificações. De início fala-se da anistia própria e imprópria. Esta distinção baseia-se no momento no qual ela foi concedida, sendo própria quando ocorre antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e imprópria quando realizada após esse marco temporal. Essa diferenciação permite inferir que o referido instituto pode ser concedido a qualquer tempo. Contudo, essa classificação não apresenta uma consequência prática relevante, posto que em ambas as situações o entendimento doutrinário<sup>144</sup> enfatiza o aspecto dos efeitos retroativos (*ex tunc* na expressão latina).

### 2.2.1 Anistia condicionada e incondicionada

A anistia pode ser condicionada ou incondicionada. Ser condicionada significa que o benefício da renúncia a punição só ocorrerá caso haja a contrapartida dos pretensos anistiados. Estas condições podem ter naturezas diversas a depender do fato

---

<sup>143</sup>Expressão latina que significa lei menos gravosa, ou seja, uma lei que atinge o fato criminoso de forma mais branda.

<sup>144</sup>PRADO, Regis; MIRABETE, Fabrini entre outros.

que originou a lei anistiante. Assim, por exemplo, a deposição de armas<sup>145</sup> pode ser uma condição. Outro exemplo, referente aos crimes militares de insubmissão e deserção, seriam a condição de incorporação ou apresentação.<sup>146</sup> Em sentido inverso a anistia incondicionada não prevê condições para a sua satisfação.

A respeito das condições a serem aplicadas para a efetivação da anistia nota-se que existem limites para sua imposição. Na fixação de determinados requisitos o legislador deve se preocupar em não gerar outra forma de punição dissimulada, posto que isto descaracteriza o instituto. Assim ocorreu com a histórica concessão de anistia ocorrida em 1895, no Brasil, na qual havia imposição de cláusulas específicas para os oficiais que foram consideradas por Rui Barbosa<sup>147</sup> verdadeiras punições. Dispunha o decreto federal nº310 de 21 de outubro de 1895:

Amnistia todas as pessoas que directa ou indirectamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionarios occorridos no territorio da Republica até 23 de agosto do corrente anno, com as restricções que estabelece.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil: Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte:

Art. 1º Ficam amnistiadas todas as pessoas que directa ou indirectamente se tenham em envolvido em movimentos revolucionarios occorridos no territorio da Republica até 23 de agosto do corrente anno.

§ 1º Os officiaes do Exercicio e da Armada amnistiados por esta lei não poderão voltar ao serviço activo antes de dous annos contados da data em que se apresentarem á autoridade competente, e ainda depois desse prazo, si o Poder Executivo assim julgar conveniente.

§ 2º Esses officiaes, emquanto não reverterem á actividade, apenas vencerão o soldo de suas patentes e só contarão tempo para reforma.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrario.[sic]<sup>148</sup>

Nota-se que os oficiais só poderiam regressar as suas funções após 2 anos e se o poder executivo considerasse conveniente (condição puramente potestativa). Ademais, durante esse período os oficiais receberiam apenas o soldo. Este exemplo demonstra como algumas cláusulas para a concessão da clemência podem se verter em punições, ainda que não sejam penas criminais, penalidades administrativas também devem ser individualizadas e previstas em lei própria. As condições perdem suas características se geram efeitos futuros e situações tão graves quanto a sanção criminal<sup>149</sup>. Ou seja, a condição para a concessão de anistia deve gerar efeitos concomitantes, será a partir de sua implantação que sobrevirá o benefício. Nas palavras de Basileu Garcia, a condição

<sup>145</sup>JESUS, Damásio. Op. Cit. p.693.

<sup>146</sup>DOTTI, René Ariel. Op. Cit. p. 767.

<sup>147</sup>CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. Cit. 127

<sup>148</sup>Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-310-21-outubro-1895-540741-publicacaooriginal-41604-pl.html>. Acesso em:18 fev. 2015.

<sup>149</sup>A partir do momento que a condição gera efeitos futuros ela estará contrariando o próprio objetivo da anistia que é o esquecimento do crime.

devem ser atos dependentes da vontade do beneficiário e por isso a recusa é possível, basta que ele não a cumpra.<sup>150</sup>

Nos casos em que a anistia é concedida sem qualquer condição diz-se que ela não pode ser recusada por seu destinatário. Isto porque, há um interesse público na promulgação de leis anistiantes na medida em que elas resultam na tentativa de pacificação social<sup>151</sup>. Ou seja, o ato de clemência referido possui interesse em apaziguar os ânimos sociais após conflitos ou instabilidades ocorridas. Isto se evidencia pelo próprio aspecto objetivo da anistia que visa olvidar fatos (caráter de generalidade) e não deixar pessoas impunes.

Ademais, em tese, não receber punição pela prática de um fato criminoso seria um benefício. Entretanto, é possível perceber efeitos negativos com a indulgência. O pretense anistiado pode ter interesse em comprovar sua inocência<sup>152</sup> - nas situações que a anistia ocorre antes do início do processo penal ou no seu transcurso - o que será inviabilizado ao sobrevir o ato de clemência.<sup>153</sup>

Além disso, anistiar um grupo opositor político do regime de governo poderia significar a intenção de desarticulá-lo não seguindo a lógica de reconciliação, mas objetivando enfraquecê-lo e reprimi-lo. Já nos casos de anistia condicionada fala-se da recusa do destinatário, posto que irá se impor uma obrigação por sua parte. Portanto, essa classificação promove um importante efeito, que é a possibilidade de não aceitação por parte do destinatário.

A anistia pode ser ainda, restrita (também chamada parcial) e a anistia plena (denominada geral). Esta classificação delimita o âmbito de incidência da anistia. Neste sentido ela é considerada parcial quando não abarcar determinadas condutas criminosas ou determinado grupo de pessoas as quais estariam inclusas na categoria abarcada pela anistia. Assim, quando há concurso de diversas infrações penais a lei pode excluir algumas para que o fim de promover a paz e a estabilidade política sejam atingidos.

---

<sup>150</sup>GARCIA, Basileu. Op. Cit. p. 679.

<sup>151</sup>Também no sentido de não ser possível de recusa, Lauro Joppert destaca que a anistia é lei com validade e aplicabilidade a todos os destinatários mesmo que não haja anuência deles. O autor ressalta ainda que caso existisse a possibilidade de renúncia ela deveria ser expressa no próprio texto legal. SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Op. Cit. p.156.

<sup>152</sup>Basileu Garcia entende que nos casos em que o anistiado tivesse prova e interesse de obter a sua inocência caberia, por analogia *in bonam partem*, a revisão criminal. GARCIA, Basileu, op. Cit. p. 674. Entretanto esse entendimento se adéqua a concessão de anistia imprópria, na qual há uma sentença condenatória que poderia ser revista já que a anistia própria pode ser concedida antes mesmo do início do processo criminal.

<sup>153</sup>SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Op. Cit. p.154.

Ou seja, é possível que o contexto fático a ser objeto da lei possa ser mais ou menos reduzido de acordo com as forças políticas ideológicas em atuação no parlamento. Embora seja um dispositivo muito questionado, a própria Lei de anistia brasileira de 1979 contém, em seu art.1º, §2º, uma restrição quanto aos crimes de sequestro, atentado pessoal, terrorismo e assalto.<sup>154</sup>

A anistia em razão de ser uma medida de caráter excepcional de extinção da punibilidade, deve se preocupar em promover os fins de pacificação social e reconciliação. Portanto a demasiada amplitude do instituto pode gerar o efeito reverso, criando a ideia de impunidade ao “esquecer” condutas criminosas sem possuir validade social<sup>155</sup> para tanto.

Em sentido oposto, pode-se citar a tentativa argentina de promover uma anistia seletiva, promovendo a responsabilização dos principais membros da junta militar<sup>156</sup> e anistiando militares de patentes mais baixas (com a edição da denominada Lei da obediência devida, Lei nº 23.521/87) para tentar conter o elevado número de ações ajuizadas. O caso argentino exemplifica que mesmo a anistia parcial pode não promover a reconciliação pretendida.

### 2.2.2 Objeto da anistia: crime político, eleitoral e militar

Como visto anteriormente a anistia encerra um aspecto objetivo. Esse aspecto permite extrair um primeiro questionamento a respeito das anistias, afinal é possível que

---

<sup>154</sup>Assim dispõe o artigo 1º, da Lei 6.683/79 e seu parágrafo 2º: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (...) 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm). Acesso em: 03 mar. 2015. Em última análise, este dispositivo foi visto como a tentativa do governo militar, ao sair da centralidade política, de retirar da lei de anistia os considerados insurgentes.

<sup>155</sup>Lauro Joppert alega que as leis para serem consideradas válidas devem congregam a validade formal, social e axiológica. Dentre as diversas condições sociais para a validade elencadas pelo autor, é possível citar a elaboração clara e objetiva da lei, bem como a compatibilidade desta com os anseios da maior parte da população. Entretanto, a respeito da lei de anistia, sua validade social não dependeria de tantas condições tendo em vista que estas leis são direcionadas para os próprios agentes estatais responsáveis pela punição. SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Op. Cit. p. 164 e 165.

<sup>156</sup>Dentre os militares condenados em 1985, pode-se destacar: o brigadeiro Ramón Agosti, os generais Jorge Videla e Eduardo Viola e os almirantes Massera e Lambruschini. Entretanto, importante salientar que mesmo tendo havido um movimento inicial de responsabilização no governo de Raul Alfonsín essa tendência não se manteve, pois as penas foram extintas por indulto (decretos 1002 a 1005) no governo de Carlos Menem.

seja objeto dessa clemência qualquer crime? Em princípio, a resposta para tal pergunta seria afirmativa, na medida em que o legislador possui legitimidade democrática para propor a criminalização de condutas, de igual modo poderia ter clemência em relação a certas condutas por ele elencadas. Por isso, em tese a anistia é causa geral de extinção da punibilidade, ou seja, é possível ser aplicada a todos os crimes.

Entretanto, essa é uma das principais questões que permeiam o instituto da anistia. Neste tema os autores concordam ao citar os crimes políticos<sup>157</sup> como os principais fatos criminosos a serem “esquecidos” pelo poder público. Além destes os crimes eleitorais, os crimes de imprensa e os crimes militares também poderiam ser abarcados pela anistia.<sup>158</sup>

Aloysio de Carvalho Filho salienta que no projeto de código penal brasileiro de 1940 houve a proposta para que os crimes comuns fossem excluídos. Entretanto, não houve sua vedação expressa, diante desta omissão, ainda que o instituto tenha, em sua origem, conotação política os delitos comuns poderiam ser abarcados.<sup>159</sup>

No tocante a tais delitos, observa-se que não há unanimidade em sua definição. Afinal essa caracterização gera uma importante distinção, visto que os crimes políticos são separados dos demais crimes considerados comuns.

De início, é possível verificar a dificuldade de definição do que seja conceituado como crime. Pode-se pensar em um conceito formal, material ou analítico<sup>160</sup> de crime<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup>Damásio denomina a anistia que abrange os crimes políticos como “anistia especial” e a que abarca crimes comuns como “anistia comum”. JESUS, Damásio. Op. Cit. 691.

<sup>158</sup>Na Espanha, por exemplo, o decreto-lei de 1931 outorgou anistia para crimes políticos, crimes sociais e os de imprensa. CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. Cit.p 133. Regis Prado, no entanto, aduz que os denominados delitos sociais possuem como finalidade alterar a organização econômica ou social e por isso já haveria uma modificação na organização política do Estado. Ou seja, na essência estes crimes também seriam abrangidos pelo crime político. REGIS, Prado Luiz; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito Político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais, v.771, p. 421-447. jan., 2000, p.421-447.

<sup>159</sup>Ibid. p. 134.

<sup>160</sup>Em apertada síntese pode-se, assim, definir tais conceitos: O conceito material de crime centra-se na ideia de que o fato criminoso é comportamento que lesa ou ao menos põe em perigo bens jurídicos tutelados pelo direito penal. O conceito formal de crime provém das teorias da escola clássica que concebia o delito como ente jurídico abstrato. Ou seja, são denominados crimes os comportamentos ilícitos que se sujeitam a aplicação de uma sanção penal. O conceito analítico se caracteriza pela conceituação por meio dos elementos que compõe o delito. Assim, o método analítico visa decompor os pressupostos da prática do fato de forma seqüencial para verificar a ocorrência do crime. O Brasil bem como muitos outros países adotou a matriz alemã consolidada em três elementos fundamentais: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para uma crítica ao conceito analítico de crime ver TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P.22 e ss. ZAFFARONI, Raúl. *Em busca das penas perdidas*.5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P.246 e ss. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. Op. Cit. 137 e ss. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal parte geral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.163 e ss.

Ultrapassado o próprio questionamento a respeito da conceituação da infração penal denominada crime, a aceção do conceito de crime político merece atenção. Isto porque esta delimitação conceitual importa em consequências para a possibilidade ou não da concessão da anistia e também para a cooperação internacional, especialmente para efeitos de extradição.

No tocante, especialmente, aos crimes políticos pode-se verificar que o conceito é debatido principalmente pela doutrina e jurisprudência e possui um aspecto amplo.<sup>162</sup> José Cretella Jr.<sup>163</sup> assim caracteriza o referido delito: “crime que lesa ou pode lesar a soberania, a integridade, a estrutura constitucional ou o regime político do Brasil. É a infração que atinge a organização do Estado como um todo, minando os fundamentos dos poderes constituídos.”

Nota-se, pela definição do autor, a referida amplitude. Em razão disto, para maior precisão terminológica, a caracterização de político tem sido feita a partir de aspectos subjetivos e objetivos. Ou seja, o crime será considerado delito político de acordo com o bem jurídico que ele coloca em perigo, viola ou tenta violar ou com a intenção almejada pelo agente.

Nesse sentido, diferenciam-se os crimes políticos próprios, absolutos ou puros e os denominados impróprios ou relativos ou ainda, mistos. Os primeiros são essencialmente os que atingem bens que integram o Estado democrático e afetam a ordem política e social. Desta forma, a criminalidade política se diferencia porque afrontaria bens essenciais a conservação e organização do próprio Estado. Os crimes políticos impróprios ou mistos definem-se como condutas que se amoldam à criminalidade comum, no entanto, apresentam como motivação aspectos político-subversivos.<sup>164</sup>

Sob o enfoque de crime político puro estão condutas que atingem a estrutura política em si. Por outro lado, as condutas consideradas relativamente políticas

---

<sup>161</sup>Estes são conceitos trabalhados pela dogmática penal, a criminologia, diferentemente, visa compreender o crime pelo método indutivo, ou seja, de forma empírica, como um fenômeno social e individual.

<sup>162</sup>Na Constituição brasileira de 1988, o termo “crime político” é referenciado apenas em três momentos, sem, contudo, ser definido seu conteúdo. O primeiro no tocante à extradição, artigo 5º, LII, da CF. O referido artigo veda essa modalidade de cooperação internacional na hipótese de crimes políticos. A segunda e terceira referências constitucionais a respeito do crime político encontram-se na determinação de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso ordinário (art.102, II, b, da CF) e no artigo 109, IV, ao definir a competência da justiça federal para julgar tais crimes.

<sup>163</sup>CRETILLA JR., José. Comentários a Constituição de 1988. São Paulo: Forense universitária, 1993, vol. VI. P.3167

<sup>164</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. Cit. 399.



possuem essa motivação (intenção e direcionamento para atingir um fim político), mas se projetam sobre bens jurídicos de natureza comum. Ou seja, neste tipo de criminalidade, há uma mescla entre os dois conceitos os quais se tenta distinguir.

Artur Gueiros<sup>165</sup> demonstra que esta diferenciação entre delitos puros e relativos pode comportar também a verificação se o crime cometido é violento. O autor cita o posicionamento de João Marcello de Araujo Jr., que considerava os crimes políticos puros aqueles que, além de ter a motivação e a finalidade política, não envolvem o uso da violência, como por exemplo, ocorre com o crime de espionagem. Em sentido oposto, os crimes políticos relativos abrangeriam condutas em que há violência, tais como as guerras civis.

De forma semelhante, Bottini e Tamasauskas<sup>166</sup> apresentam a conceituação de crimes políticos divididas em três teorias nas quais os principais pontos dissonantes permanecem sendo os bens jurídicos tutelados e a motivação para a prática do delito. Assim, os delitos objetivamente considerados políticos seriam aqueles que violam os bens jurídicos que afetam a estrutura e a organização do Estado. Como exemplo desses bens jurídicos, pode-se citar ameaças à soberania estatal, ataques ao regime de governo e subversão de estruturas organizacionais.

Além da teoria objetiva, os autores destacam que os crimes poderiam ser considerados políticos sob o enfoque subjetivo. Ou seja, salienta-se nessa teoria o motivo da prática do crime. O principal aspecto diferenciador, portanto, dos crimes comuns para os crimes políticos seria o que animou o agente para a prática do crime.

Por fim, os autores destacam a existência da teoria mista (ou eclética) que caracteriza como política a infração que conjuga os dois elementos anteriormente referidos. Ou seja, para que haja a caracterização da infração penal política é necessário que conjuntamente ocorra a lesão ou ao menos a ameaça de lesão aos bens jurídicos estruturais da organização estatal, mas também um especial fim de agir político (dolo específico).<sup>167</sup>

Esta teoria comporta, ainda, outra divisão, podendo ser vista sob um aspecto extensivo ou restritivo. A teoria mista extensiva compreende como delito político toda conduta que ataca a organização política ou constitucional do Estado além dos crimes

---

<sup>165</sup>GUEIROS, Artur de Brito. As novas tendências do direito extradicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P.187.

<sup>166</sup>BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Lei de Anistia: Um debate imprescindível. Revista Brasileira de ciências criminais. São Paulo. Nº. 77, p.101-127, mar-abr./2009.

<sup>167</sup>Ibidem, p.105.

que contém a motivação política. Já a teoria mista restritiva abarca os crimes que atacam a organização política ou constitucional do Estado e que possuam uma finalidade política.<sup>168</sup>

A não definição legal do crime político por vezes é considerada um aspecto negativo. Isto porque esta falta de limitação ao conceito gera insegurança jurídica e, em certa medida, fragiliza o princípio da legalidade<sup>169</sup>. Tendo em vista que as promulgações de leis de anistia em momentos transicionais objetivam a reafirmação ou concretização do Estado democrático, a anistia poderia não atingir sua finalidade de pacificação e reconciliação nacional.

Contudo, a dificuldade de conceituação em abstrato do delito político não obsta que sejam identificados elementos desta criminalidade nos fatos os quais se objetiva anistiar. Para que haja contornos para identificação destas condutas, Barroso salienta o trabalho jurisprudencial especialmente no reconhecimento de elementos de motivação e finalidade dos crimes.<sup>170</sup>

No Brasil, há um esforço doutrinário e jurisprudencial de diferenciação entre crimes políticos e unicamente de motivação política. O STF de forma recorrente se manifesta a respeito destes crimes, partindo do artigo 1º e 2º, da Lei nº7.170/83, denominada Lei de Segurança Nacional<sup>171</sup>. Como visto, o crime subjetivamente político, ou seja, com uma motivação voltada para afetar a ordem e estrutura política do Estado, no ordenamento pátrio não basta para sustentar essa caracterização.<sup>172</sup> Dentre diversos precedentes, cita-se o seguinte acórdão:

Para a caracterização dos crimes políticos previstos no art. 12 e parágrafo único da Lei 7.710/83 (Lei de Segurança Nacional) é necessário que a conduta realizada pelo agente tenha sido motivada por objetivos políticos,

<sup>168</sup> PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes. Op. Cit. p. 427.

<sup>169</sup> Como visto anteriormente, o princípio da legalidade desdobra-se, entre outras exigências, na obrigatoriedade da lei ser certa. Ou seja, a lei penal deve ser clara para evitar a utilização da analogia *in malam partem*. Por isso a falta de definição de critérios legais poderia dar azo a arbitrariedades.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 202.

<sup>171</sup> Assim, dispõe os referidos artigos: “Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional;

II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:

I - a motivação e os objetivos do agente;

II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm) acessado em 28/02/2015.

<sup>172</sup> No mesmo sentido os seguintes julgados: Ext.1.085, Rel. Cezar Peluso, DJu.16/04/2010; ROC.1468, Rel. Maurício Corrêa, Dju. 16/08/2000 e RE nº160.841 min. Rel. Sepúlveda Pertence Dju. 22/09/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. acesso em: 28 mar. 2015.

assim como tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos tutelados pela referida Lei, conforme estabelece o seu art. 2º. Com esse entendimento, a Turma conheceu, em parte, de recurso ordinário criminal - interposto contra sentença que condenara os recorrentes pela prática do crime político previsto no parágrafo único, do art. 12, da Lei 7.170/83 (...) Informativo nº26 RCR 1.470-PR, rel. Min. Carlos Velloso, 12.3.2002.

Internacionalmente, também houve o esforço teórico para a positivação da criminalidade política. Neste sentido o artigo 3º da Convenção Européia sobre extradição ao excluir tais crimes do âmbito deste mecanismo de cooperação dispõe que não são considerados políticos os crimes que atentem contra a vida dos chefes de Estado e seus familiares (art.3º, 3, da Convenção).<sup>173</sup> Igualmente a Comissão Jurídica Interamericana<sup>174</sup> estabeleceu alguns parâmetros para a caracterização do crime político:

1. São delitos políticos as infrações contra a organização e funcionamento do Estado.
2. São delitos políticos as infrações conexas com os mesmos. Existe conexidade quando a infração se verificar: (1) para executar ou favorecer o atentado configurado no número 1; (2) para obter a impunidade pelos delitos políticos.
3. Não são delitos políticos os crimes de barbárie ou vandalismo e em geral todas as infrações que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa.
4. Não é delito político o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas.<sup>175</sup>

Nota-se, a partir destes critérios, que a delimitação para os crimes políticos por vezes é realizada por exclusão. Alguns autores preferem fazer uma definição residual do crime político; de forma semelhante os documentos internacionais optam por expressamente excluírem do conceito determinados crimes considerados mais graves como, por exemplo, os crimes contra a humanidade. Diante desta falta de precisão terminológica tem prevalecido doutrinariamente a apuração da criminalidade política a partir da teoria mista.<sup>176</sup>

Importa perceber que o crime político não deve ser confundido com o crime de terrorismo<sup>177</sup>. Isto porque se for considerado apenas sob um aspecto de motivação política, alguns atos de terrorismo poderiam se aproximar do conceito subjetivo do

<sup>173</sup> Assim dispõe o artigo “3º, 3 - Para os fins da presente Convenção, o atentado contra a vida de um chefe de Estado ou de um membro da sua família não será considerado como infração política.” Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar-23-dr-191-1989.html> acessado em 1º de março de 2015.

<sup>174</sup> A comissão Jurídica Interamericana compõe a OEA. Este é um órgão com sede na cidade do Rio de Janeiro.

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 200.

<sup>176</sup> GUEIROS, Artur. *Op. Cit.* p. 186.

<sup>177</sup> Em que pese a legislação brasileira exclua o terrorismo das hipóteses de crimes políticos (art.77, VII, §3º, da Lei nº6.815/80), o conceito de terrorismo ainda não está bem estabelecido e gera alguns equívocos no momento de sua caracterização.

delito político. Essa aproximação é extremamente problemática, na medida em que a definição em uma ou outra categoria gera consequências em sentido oposto. Isto porque, atualmente, a expansão da prática terrorista tem mobilizado toda a comunidade internacional para a maior repressão a este crime.<sup>178</sup>

De início, o terrorismo, assim como o crime político, gera dúvidas quanto à sua definição. Alguns autores destacam que este não seria um crime único, mas condutas diversas que em determinadas circunstâncias poderiam ser consideradas atos terroristas.<sup>179</sup> Entretanto, a primeira associação feita a ele relaciona-se com a ideia de terror.<sup>180</sup> A partir desta ideia a doutrina tem estruturado seu conceito. André de Carvalho Ramos<sup>181</sup> assim o define:

Ato ilícito realizado por meio da violência contra bens ou pessoas da população civil cometido por indivíduo ou grupo de indivíduos, cujo objetivo é gerar terror e intimidar determinada população ou grupo social, para coagir um Estado, organização internacional ou outro grupo social a fazer ou deixar de fazer algo.

Em sentido próximo, Leandro Moll<sup>182</sup> delimita o terrorismo como ação ou ameaça com o objetivo de colocar terror na população. Ocorre que o referido autor também destaca que este é um ato com finalidade política ou ideológica. Além destes aspectos, amplamente reconhecidos pela doutrina, é relevante reconhecer que o terrorismo é um fenômeno complexo que assume diferentes formas de atuação.

Rodrigo Costa<sup>183</sup> identifica, didaticamente, três formas distintas deste atuar criminoso. A primeira diz respeito ao terrorismo praticado em um Estado realizado por outro, de forma semelhante há o terrorismo interno, limitado ao território de um Estado e por fim, o terrorismo pode ser realizado por uma organização particular. Essas diferentes maneiras de praticar as condutas que geram terror auxiliam a compreender o grande desafio que é, não só a definição, mas também a repressão das mesmas.

---

<sup>178</sup>Pode-se destacar no plano internacional o desenvolvimento pela ONU de diversas medidas para o combate ao Terrorismo, dentre elas a criação do Comitê Antiterrorismo, a adoção das Convenções para Supressão de Atentados Terroristas, para a Supressão do Financiamento do Terrorismo e Convenção Internacional para Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear; e das resoluções da assembléia geral n°59/46, de 2004 e resolução do Conselho de Segurança n°1.373/2001.

<sup>179</sup>COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: Algumas anotações. In: Direito Penal Internacional – estrangeiro e comparado. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007, p. 173.

<sup>180</sup>Historicamente o termo adviria do período radical da Revolução Francesa, derivado da expressão latina “*terrere*” que significa tremer. RAMOS, André de Carvalho. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. P.376.

<sup>181</sup>Loc. Cit.

<sup>182</sup>MOLL, Leandro de Oliveira. A obrigação de extraditar para a repressão ao terrorismo: a prática brasileira à luz do direito penal transnacional. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da UERJ: Rio de Janeiro, 2010, p.27.

<sup>183</sup>COSTA, Rodrigo de Souza. Op. Cit. 176.

No plano internacional, o crime de terrorismo adquiriu maior relevo após os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Diante desta atuação transnacional descolada dos movimentos de emancipação e revolução de povos alguns autores o incluem no rol dos crimes internacionais<sup>184</sup>. Ou seja, acontecimentos de grande magnitude tais como: os atentados nos trens de Madri, na estação de metrô de Londres e Moscou, dentre outros, evidenciam a necessidade de repressão uniforme e fortalecimento dos instrumentos de cooperação internacional.

Também a Convenção Interamericana contra o terrorismo<sup>185</sup> procura distinguir dos delitos de natureza política, assim dispondo em seu artigo 11:

Para os propósitos de extradição ou assistência judiciária mútua, nenhum dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 será considerado delito político ou delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos. Por conseguinte, não se poderá negar um pedido de extradição ou de assistência judiciária mútua pela única razão de que se relaciona com um delito político ou com um delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos.<sup>186</sup>

O terrorismo possui um aspecto instrumental em sua conduta. Esta prática criminosa visa estabelecer terror e aniquilar o regime político e social dos países. Por isso ele se diferencia do crime político. A prática terrorista tende a escolher meios de execução para gerar maior dano as vítimas envolvidas. Assim, tende a estabelecer a insegurança social de forma indiscriminada e generalizada.

Por isso, diz-se que a diferenciação entre o crime político e o terrorismo centra-se na identificação de que o terrorismo atinge bens jurídicos que constituem valores essenciais do Estado de Direito de forma desproporcional. Não há, necessariamente, no terrorismo, uma motivação política, o seu móvel pode ser religioso, cultural ou

---

<sup>184</sup>O terrorismo não está previsto nos artigos 6º e 8º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Kai Ambos explica que esta não positividade decorre de alguns Estados não considerarem que os atos terroristas tenham alcançado status de violação de costume internacional. Além disso os Estados não chegaram a um consenso sobre a definição mais adequada e por fim ainda consideram que remeter a competência para julgamento deste crime para o Tribunal Internacional estaria ameaçando as suas soberanias. AMBOS, Kai. *Selected Issues Regarding the 'Core Crimes' in International Criminal Law*. In: *International Criminal Law: Quo Vadis? Nouvelles études pénales*, n.19, Toulouse: Érès, 2004, p.279. Entretanto, o terrorismo é compreendido como crime internacional em sentido amplo porque existe o interesse de repressão uniforme e julgamento por qualquer Estado destas práticas. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Crimes internacionais. In: *Direito Penal Internacional*. (Coord.) BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 14 e ss.

<sup>185</sup> O Brasil ratificou a convenção e esta foi promulgada pelo decreto nº5.639/2005.

<sup>186</sup> Convenção Interamericana contra o terrorismo, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm) acesso em: 1º mar. de 2015.

ideológico.<sup>187</sup> Ademais, o terrorismo essencialmente não se preocupa com aspectos humanitários.

Assim, nota-se que o crime de terrorismo embora possa conter um viés político e atingir bens jurídicos essenciais ao Estado este não se confunde com os denominados crimes políticos. Isto porque, há o elemento subjetivo de gerar o terror e sob o aspecto objetivo a caracterização do terrorismo pode ocorrer em crimes que atinjam exclusivamente a população civil, por exemplo.

A anistia abrange também os crimes militares. Cretella Jr.<sup>188</sup> destaca a dificuldade em estabelecer um termo unívoco na medida em que a caracterização deste crime envolve a análise de diversos critérios. O referido autor destaca entre tais critérios a serem considerados na conceituação os seguintes: 1. Critério do autor e vítima; 2. Critério da natureza do crime; 3. Critério do motivo do crime; 4. Critério legal; e 5. Critério conjugado da autoria e da natureza da infração.

Para o referido autor tais critérios isoladamente considerados são insuficientes para caracterizar o crime militar. Em seu entendimento o crime militar estará caracterizado quando for verificada a convergência dos seguintes fatores: previsão em lei militar, autoria de militar ou assemelhado, sua natureza e motivo se relacionem com os bens jurídicos e interesses militares e por fim deve ser observado se no momento da prática do crime era tempo de paz ou estado de guerra.

Estes crimes de forma semelhante aos crimes político, doutrinariamente, também se subdividem. Tais crimes podem ser próprios ou impróprios. Os crimes militares próprios são as condutas somente consideradas criminosas no ambiente militar. Ou seja, conduta que não encontram similitude na sociedade civil. Dentre esses crimes pode-se citar a deserção, a insubmissão, a traição, a conspiração e o abandono de posto.

Por seu turno os crimes imprópriamente militares são aqueles que são condutas consideradas criminosas mesmo fora da legislação castrense.<sup>189</sup> Entende-se que os crimes de maior gravidade e que atingem membros da sociedade civil (que não integram as hostilidades) não poderiam ser objeto de anistia.

No tocante aos crimes eleitorais, deve-se compreender que a prática de condutas atentatórias à higidez do processo eleitoral<sup>190</sup> irá violar um dos principais elementos

---

<sup>187</sup>PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes. *Op. Cit.* 437 e ss.

<sup>188</sup>CRETELLA JR., José. *Op. Cit.* P. 3258 e ss.

<sup>189</sup>GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Op. Cit.* p. 399.

<sup>190</sup>Além do processo eleitoral são bens protegidos pelos referidos crimes: a liberdade do exercício dos direitos políticos e a liberdade e legitimidade na escolha dos representantes políticos.

estruturantes do regime democrático. Assim, tais práticas conduzirão a existência de uma democracia apenas em sentido formal. Para que haja uma conduta delituosa de natureza eleitoral, deve ser esta mesma a sua finalidade.

Ou seja, para que o crime eleitoral se caracterize, além de haver sua previsão em legislação específica, o especial fim de agir também deve estar configurado.<sup>191</sup> A semelhança do ocorrido com crimes militares, há também na legislação eleitoral previsão de condutas previstas no direito comum. Em razão disto, classificam-se os crimes eleitorais em delitos puros (ou específicos) e os delitos acidentais, nos quais há previsão de prática criminosa fora desta esfera.

Devido à proximidade existente entre o exercício e proteção dos direitos políticos com a estrutura do Estado, Nelson Hungria<sup>192</sup> reputa que tais crimes também são de natureza política. No entanto, considerando o conceito de criminalidade política estabelecido anteriormente, nota-se que os crimes eleitorais ensejam ataques mais pontuais ao momento do pleito eleitoral. Ou seja, não haveria nos crimes eleitorais a afetação dos mesmos bens jurídicos que são atingidos no caso dos delitos políticos. De igual modo o especial fim de agir também é distinto.<sup>193</sup>

Além dos crimes já referidos acima se compreende que a anistia inclui os crimes conexos aos anistiados. A conexão criminal significa a existência de uma pluralidade de práticas criminosas com uma relação ou ligação entre si.<sup>194</sup> Ou seja, consideram-se conexos à prática de delitos em concurso<sup>195</sup>, os crimes praticados simultaneamente, ou em situações que sugerem um desdobramento da conduta delituosa anterior.<sup>196</sup> Helio

---

<sup>191</sup> Este entendimento foi firmado também pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>192</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.p.

<sup>193</sup> Em razão desta distinção o STF já se pronunciou no sentido da natureza comum dos delitos eleitorais. Neste sentido foi o julgamento realizado no inquérito nº507.

<sup>194</sup> Fabio Konder Comparato assim dispôs sobre a conexão prevista no artigo 1º, §1º, da Lei n.6683/79: “Ou seja, não houve comunhão de propósitos e objetivos entre os agentes criminosos, de um e de outro lado. Tampouco se pode dizer que houve conexão criminal pela prática de crimes “por várias pessoas, umas contra as outras”. Em primeiro lugar, porque essa regra de conexão é exclusivamente processual. Em segundo lugar, porque os acusados de crimes políticos não agiram contra os que os torturaram e mataram, dentro e fora das prisões do regime militar, mas contra a ordem política vigente no País naquele período.”Petição inicial do processo da ADPF nº153 de 2008, ajuizada pela OAB. Disponível em: [http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf). Acesso em: 26 fev. 2015.

<sup>195</sup>O elemento de conexidade existe no concurso de crimes. Ou seja, quando o mesmo agente pratica diversas condutas criminosas. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; e TAMASAUSKAS, Igor. Op. Cit. p.111.

<sup>196</sup>No ordenamento jurídico brasileiro o instituto da conexão está previsto no art. 76, do CPP. As hipóteses se desdobram em: conexão 1.intersubjetiva, quando o elo entre os crimes se basear na pluralidade de agentes e/ou de vítimas; 2. Lógica ou teleológica, quando a prática de uma infração subsequente ocorrer para assegurar, ocultar, facilitar ou garantir impunidade ou vantagem; e 3. Instrumental ou probatória, quando uma infração penal depender para sua comprovação de prova da infração penal anterior. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 2 mar. 2015.

Bicudo<sup>197</sup> caracteriza a conexão criminal como “as ações de uma ou mais pessoas objetivando o mesmo resultado”.

Critica-se<sup>198</sup> esta extensão, tendo em vista que a conexão em sua acepção técnica gera apenas conseqüências no cálculo da pena ou como regra processual de modificação da competência para o julgamento da causa. Em razão da amplitude possivelmente alcançada com a expressão crimes conexos, o próprio legislador procura inserir nos dispositivos legais quais serão os delitos excluídos da anistia.<sup>199</sup>

Por fim, deve-se compreender que a concessão de anistia possui limitações. Embora, possa ser pensada para os crimes comuns, ainda que de maneira excepcional, alguns crimes não seriam passíveis de serem anistiados. A comunidade internacional, por meio de tratados e demais documentos internacionais vem reprimindo a utilização deste instituto para os crimes de lesa humanidade. Internamente, a Constituição brasileira veda a concessão de anistia para os crimes de tortura, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, terrorismo e os considerados, por lei, como delitos hediondos (previsto no artigo 5º, XLIII, da CF.).

### 2.2.3 Anistia em branco

A classificação de anistia em branco surge a partir da ausência de elementos que confirmam legitimidade para a concessão desse ato de clemência. Lucia Elena Arantes<sup>200</sup> identifica anistias desta natureza como um instrumento com extensão ampla para abarcar todos os agentes do Estado independentemente da natureza dos crimes ou condutas delituosas que estes tenham praticado.

Este tipo de anistia é identificado principalmente em Estados nos quais a mudança de regime implica intensa preocupação dos governantes, então no poder, de serem responsabilizados. Assim, a estratégia utilizada era a concessão da anistia de forma genérica. Leis com esse viés surgiram principalmente nas décadas dos anos 70 e

---

<sup>197</sup>BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos tribunais, v.53, p.88-97, mar-abr. 2005.

<sup>198</sup> Neste sentido Bottini, Pierpaolo Cruz; TAMASAUKAS, Igor. Op Cit. 112.

<sup>199</sup> Aloysio de Carvalho Filho já indicava a tendência na doutrina e jurisprudência de criar limites para a concessão da anistia tendo em vista a natureza e a gravidade dos delitos conexos. Op. Cit. p. 141. Neste sentido o autor cita o caso de uma anistia prevista no Brasil em 27 de setembro de 1916 a qual excluía expressamente “crimes contra a propriedade, os de incêndio e os que se manifestassem por atos de barbaria, crueldade e vandalismo, ainda que conexos com crimes políticos ou praticados por ocasião dos movimentos revolucionários anistiados, e ainda que políticos o móvel e objeto.”

<sup>200</sup>BASTOS, Lucia Elena A. Ferreira. Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. P. 118.



80 em razão da ausência de desenvolvimento, no plano internacional, de atos que efetivamente fossem capazes de inibir essas práticas.<sup>201</sup>

Por se caracterizarem como anistias que não respeitam os direitos das vítimas e a normativa dos direitos humanos as denominadas anistias em branco são consideradas ilegais e ilegítimas. Ou seja, este tipo de anistia não atinge o objetivo proposto, posto que, afasta a persecução penal e também não permite a promoção de outras formas de responsabilização. Por tal razão essa anistia carece de legitimidade interna e internacional.<sup>202</sup>

Nas palavras de Lucia Elena<sup>203</sup> as leis de anistia podem ser classificadas de acordo com o alcance de legitimidade que comportam. Neste sentido para que as anistias sejam legítimas, inicialmente elas devem ser parciais. Assim, a autora identifica leis de anistia: em branco, localmente legitimadas com imunidade parcial, com legitimidade internacional e imunidade parcial e, por fim, com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial. A autora, diferentemente da definição de legitimidade trabalhada por Lauro Joppert, parte das bases oferecidas por Weber ao desenvolver a ideia de legitimidade legal ou racional. Em suas palavras a legitimidade interna da lei de anistia para ser alcançada precisa que:

O governo que a promulgou deve representar a vontade popular, evidenciada por meio de eleições livres e justas e deve emitir a lei em questão, por meio do processo legislativo aprovado pelo povo, no qual as decisões tomadas sempre levem em consideração as preferências daquele mesmo povo de forma a se manter uma liderança responsável e comprometida.

Na visão da referida autora as anistias localmente legitimadas com imunidade parcial representam um maior nível de legitimidade em comparação com as anistias em branco. Para que este instrumento alcance esse nível a lei que a estabelece deve ser produzida por um governo eleito democraticamente, ou seja, referendado popularmente. O alcance da lei de anistia nesse caso é reduzido, deixando de abarcar crimes comuns.

Já as anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial extraem essa legitimidade por terem um envolvimento da comunidade internacional. Ou seja, neste tipo de anistia uma organização internacional ou um terceiro Estado intervém para auxiliar na fixação dos seus termos. Ademais, a concessão da clemência é limitada a crimes específicos. Estas condições ampliam o grau de legitimidade da medida.

---

<sup>201</sup>Loc. Cit.

<sup>202</sup>Ibidem. P. 114 e ss.

<sup>203</sup>Loc. Cit.

No tocante as leis de anistia com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial percebem-se um maior nível de legitimidade. Isto porque, estas leis alinham-se às demandas de proteção de direitos humanos excluindo do rol de crimes anistiáveis as condutas que os violam. Além de alcançar o apoio social estas leis se coadunam com os tratados internacionais. Por fim, para que a lei seja considerada internacionalmente legitimada, Lucia Elena<sup>204</sup> destaca que ela deve ser aprovada por algum tratado multilateral.

Nota-se na classificação proposta pela autora que o maior nível de legitimidade da lei de anistia é inversamente proporcional a sua abrangência. Na medida em que a lei for mais genérica há uma tendência de que a legitimidade diminua, posto que os interesses sociais ficam diluídos e o aspecto da reconciliação nacional perde força.

Esta classificação da anistia demonstra a importância das medidas adotadas em momento transicionais não se afastarem dos objetivos inicialmente pretendidos. Kai Ambos<sup>205</sup> ao tratar da anistia em branco (*blanket amnesty*) a define com o principal objetivo de apagar os fatos e impedir quaisquer investigações. Por isso a caracteriza como uma anistia compromissória, tendo em vista que há o comprometimento em não mais reabrir a questão.<sup>206</sup>

### 2.3 Efeitos da concessão de Anistia

O questionamento sobre os efeitos gerados a partir da concessão de anistia pode ser compreendido sob duas perspectivas distintas. Inicialmente, conforme visto acima, a lei de anistia sob o enfoque temporal, produz efeitos retroativos (efeitos *ex tunc*). Isto porque para pacificar o contexto social e político de conflitos propõe-se esquecer condutas já praticadas. A anistia abarca fatos já ocorridos.

Todavia, fala-se, também, nos efeitos em relação à abrangência da anistia. Isto é, indaga-se se a concessão do ato de clemência importa a não responsabilização pelos

---

<sup>204</sup>FERREIRA, Lucia Elena Arantes. Op. Cit. p.172.

<sup>205</sup>AMBOS, Kai. The legal Framework of Transitional Justice. Estudos preparatórios para a Conferência internacional “Construindo o futuro de paz e justiça”. Nuremberg, 25-27 de junho de 2007. P. 39.

<sup>206</sup>Kai ambos também destaca que este tipo de anistia é considerado ilegal por ferir direitos das vítimas e por estar em sentido oposto aos julgamentos das cortes criminais internacionais e dos tribunais de direitos humanos. Entretanto, o autor faz referência ao exemplo, recente de anistia realizada por Serra Leoa com a “Frente Unida Revolucionária” (RUF, sigla em inglês). Ibid. p.40.

fatos praticados em outras áreas do direito. A doutrina<sup>207</sup> é uníssona ao afirmar que o instituto da anistia extingue os efeitos penais.

Desta forma, além da extinção da sanção penal (pena ou medida de segurança), principal consequência da existência de um crime, também não haverá a reincidência.<sup>208</sup> Isto porque, ainda que haja sentença penal condenatória transitada em julgado (nos casos de anistia imprópria) esta decisão judicial será rescindida.<sup>209</sup>

Deve-se compreender que a lei de anistia é uma lei penal e, portanto, só poderá atingir efeitos penais referentes à prática da conduta criminosa. Ou seja, ao promover o esquecimento de determinados fatos o poder estatal, por meio do parlamento, só poderá atingir os efeitos penais do crime porque o Estado não poderia renunciar a um direito do qual não é titular. Isto é, o direito a reparação dos danos ocasionados pelos fatos delituosos não pode ser afetado porque este é um direito da vítima. Este efeito obriga o condenado a indenizar os todos os prejuízos, materiais e morais verificados.

Aspecto que gera dúvida refere-se ao meio pelo qual esta reparação será promovida. Isto porque a condenação gera a obrigação de indenizar, entretanto, no caso da anistia própria não há ainda o processo para provar a autoria do delito e consequentemente imputar a alguém de forma determinada a referida obrigação. No mesmo sentido, promulgada anistia imprópria considerasse que a concessão da benevolência impede a execução de decisão judicial. Ou seja, o título formado pela sentença criminal não seria hábil para realizar a reparação. Assim, para que seja possível efetivar tal direito deve haver o processo de conhecimento em âmbito civil.

Entretanto, este posicionamento gera críticas tendo em vista que o objetivo da anistia é o esquecimento e pacificação social. Desta forma, as demandas individuais das vítimas perante o juízo cível reabrem espaço para a discussão dos fatos e revive na própria vítima a prática do crime.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup>Neste sentido é o entendimento de PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal parte geral*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, v. I, 2004. P.721; MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal parte geral*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P.380. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. Cit. p. 549.

<sup>208</sup>Nota-se que verificada a reincidência há um recrudescimento no tratamento penal. Ou seja, em regra há consequências que pioram a situação do acusado, como exemplo podemos citar a incidência de circunstância agravante, o aumento na contagem da prescrição, o aumento na fração de cumprimento de pena para a progressão de regime, dentre outras consequências não poderão ser verificadas.

<sup>209</sup> JESUS, Damásio. Op. Cit. p.692.

<sup>210</sup> CARVALHO Filho, Aloysio de. Op. Cit. 152. O autor enfatiza que estas ações não são impactantes o suficiente para desestabilizar a reconciliação nacional, mas servirá para conduzir a uma lembrança do crime.

Aloysio de Carvalho<sup>211</sup> ressalta que o Estado deveria assumir a obrigação de reparar as vítimas em casos de anistia, na medida em que foi opção estatal<sup>212</sup> a não persecução criminal. Portanto estaria incluída como sua responsabilidade identificar e indenizar as vítimas dos fatos anistiados. O autor cita, também nesse sentido, o entendimento de Pontes de Miranda que declara haver uma “sub-rogação pessoal do Estado aos particulares, sucessão voluntária de dívida”.<sup>213</sup>

Importa destacar que os efeitos da condenação são diferenciados entre primários e secundários. Assim, a anistia exclui o efeito primário (como já visto anteriormente), isto é, a imputação da sanção penal (pena ou medida de segurança) e os efeitos penais secundários. No entanto, os demais efeitos extrapenais se mantêm. Efeito extrapenal da condenação refere-se, além da reparação do dano, à perda dos instrumentos e produtos do crime. Estes bens podem ser confiscados pelo Estado ou, caso não constituam fato criminoso podem ser também restituídos para as vítimas ou para terceiro que tenha direito sobre a coisa.

As consequências extrapenais tornam-se mais evidentes em situações de concessão de anistias impróprias. Na medida em que houve um processo para o reconhecimento do autor do fato posteriormente anistiado e da própria vítima. Nesse sentido, Kai Ambos salienta a importância de conjugar a concessão de anistia com outros mecanismos de responsabilização.

Na medida em que não há produção de prova no bojo do processo penal, caso não haja outros meios de responsabilização torna-se dificultoso a identificação dos agentes que tenham realizado a prática criminosa. Assim, deve-se permitir que outras formas de identificação dos culpados e reparação das vítimas sejam promovidas. Kai Ambos aduz sobre o relevante papel das comissões da verdade, neste sentido.

---

<sup>211</sup>Ibid. p.153

<sup>212</sup>No caso brasileiro após promulgação da Lei nº6683/79 a reparação das vítimas, assumida pelo Estado, somente teve início com a criação das Caravanas da Anistia pela medida provisória nº2151/2001.

<sup>213</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, t.1º, Rio de Janeiro, 1936. P.214. *apud. Loc. Cit.*

### 3 A ANISTIA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

#### 3.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Antes de adentrar nos casos disciplinados pela Corte no tocante a leis de anistia, alguns pontos referentes ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos<sup>214</sup> (SIDH) e à Convenção Americana de Direitos Humanos devem ser esclarecidos. O sistema interamericano se consolida com o desenvolvimento de documentos internacionais no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Dentre estes documentos destacam-se a Declaração Americana de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos e o protocolo de San Salvador que dispõe sobre os direitos sociais e econômicos. O presente trabalho centra-se na Convenção Americana de Direitos Humanos, adiante denominada apenas Convenção ou Convenção Americana.

A Convenção, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, local em que a mesma foi assinada em 1969, entrou em vigor em 1978, após o depósito do 11º instrumento de ratificação. Por meio deste documento, os Estados-partes se comprometeram a respeitar e promover medidas para maior proteção desses direitos. Ou seja, não bastaria reprimir as violações, a Convenção preocupa-se com a realização de medidas, inclusive legislativas, que permitam prevenir a prática de atos que atinjam os direitos humanos.<sup>215</sup>

Tendo em vista o amplo rol de direitos previstos na Convenção, para que fosse possível haver efetivação destes foram estabelecidos dois órgãos para viabilizar o aspecto sancionatório do descumprimento das obrigações estatais.

Este sistema é composto pela Comissão de Direitos Humanos<sup>216</sup> e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto a Comissão pode ser provocada diretamente por um indivíduo, a Corte somente pode ser acionada ou pela Comissão ou diretamente pelo próprio Estado membro.

Como uma medida de fiscalização a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o órgão responsável por emitir pareceres, recomendações e supervisionar o

---

<sup>214</sup>Cabe ressaltar que o sistema Interamericano também possui um regime baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos. PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 311.

<sup>215</sup>Destaca-se que será utilizada a nomenclatura direitos humanos, posto que este termo é comumente utilizado em documentos internacionais.

<sup>216</sup>MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol.II, 15. Ed. Renovar, 2004. p. 336.

cumprimento de tais medidas. A comissão recebe as petições com as demandas individuais e analisa a admissibilidade dos pedidos, posteriormente a esse juízo de admissibilidade a comissão pode proferir recomendações ao Estado acusado de praticar violações. No caso do Estado descumprir as recomendações caberá a Comissão provocar a jurisdição da Corte. Os Estados membros têm que emitir relatórios a respeito da situação em seus países e como estão sendo solucionados os problemas verificados nas recomendações. No momento em que a Comissão verifica reiterados descumprimentos da responsabilidade estatal de promover a adequada solução, ela poderá denunciar a Corte tal violação e se iniciará um processo no qual figuram nos pólos o Estado e a Comissão.

Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência jurisdicional e consultiva. É um tribunal Internacional criado para julgar Estados, formada por sete magistrados de origem dos Estados membros da OEA, de notório saber jurídico. Estes juízes são eleitos para o cargo por seis anos podendo ser reeleitos uma única vez.

A Corte não possui competência criminal, sua jurisdição centra-se na verificação do cumprimento por parte das Nações, principalmente, dos dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ela só poderá exercer sua jurisdição em relação aos países que tenham ratificado o seu reconhecimento e se submetido a sua jurisdição. Ou seja, não são todos os países que ratificaram a Convenção os quais estarão submetidos à Corte.

A Corte se pronunciou pela primeira vez em uma opinião consultiva em 1980 e proferiu sua primeira sentença em 1987. A competência consultiva da Corte visa estabelecer parâmetros para interpretação das normas estabelecidas no âmbito regional.<sup>217</sup> Por seu turno a competência contenciosa ocorre por meio da denúncia realizada pela Comissão, para o início do processo judicial.

Isto é, nos processos perante a Corte, as partes serão a própria Comissão (ou o Estado que tenha denunciado as violações de direitos humanos) e o Estado demandado. Caso a Comissão não seja parte no processo ela deverá agir como *custus legis*. Ademais, para o caso ser admitido, deve ser verificada a submissão do Estado demandado à jurisdição da Corte, devem ser esgotadas internamente todas as vias de acesso à justiça antes do caso ser levado para o âmbito internacional, de igual modo,

---

<sup>217</sup>Como exemplos de manifestações em opiniões consultivas pode-se destacar: o direito à notificação consular no momento da prisão de estrangeiro, sobre a prescindibilidade do diploma de jornalista para efetivo exercício da profissão e no caso da Opinião consultiva do Estado Uruguiaio sobre a extensão dos direitos e garantias individuais que não poderiam ser subtraídas em situações de exceção.

não deve haver litispendência internacional (não é possível levar o caso a Corte se este mesmo conflito já for objeto de outro processo internacional).

A Corte também fará um juízo de admissibilidade da demanda para verificar a regularidade da denúncia. Isto implica verificar se há condições para o ajuizamento da ação (interesse de agir, legitimidade da parte e possibilidade jurídica do pedido).

Em que pese haja semelhança estrutural com o modelo original da Convenção Européia de Direitos Humanos<sup>218</sup>, o contexto histórico e cultural no qual o sistema regional americano foi criado se difere. Isto porque este se estabeleceu em um contexto pouco democrático – a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 1969, ou seja, em meio aos regimes ditatoriais. Este fato marcou o início da integração regional americana.<sup>219</sup> Por seu turno a integração europeia se consolidou paulatinamente após o fim da Segunda Guerra Mundial. Ou seja, o contexto era de reconstrução dos Estados democráticos.

Nota-se que os documentos internacionais (no âmbito americano) obtiveram maior número de ratificações e adesões nos anos que se sucederam ao término dos governos autoritários.<sup>220</sup>

Adiante serão analisadas sentenças da Corte nas quais houve manifestação a respeito de leis de anistia. O exame de tais decisões permitirá compreender as razões pelas quais no plano internacional o mecanismo da anistia é visto com um impedimento para a efetivação dos direitos humanos.

### 3.2 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos

A Corte interamericana se manifestou em diversas ocasiões a respeito da adoção de leis de anistia nos países americanos. Neste sentido foi desenvolvido um entendimento consolidado a respeito das violações de direitos humanos considerando como parâmetro normativo a Convenção Interamericana. A corte tem entendido a promulgação de leis anistiantes como causa geradora de impunidade e reiteração destas

---

<sup>218</sup>RAMOS, André de Carvalho. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Alberto Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2009. p.813

<sup>219</sup>PIOVESAN, Flávia. *Lei de Anistia: Direito à Verdade e a Justiça: o caso brasileiro*. P.93. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-de-anistia-direito-a-verdade-e-a-justica-o-caso-brasileiro/> acesso em: 27 set. 2014.

<sup>220</sup>ENGSTROM, Par. *A anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. In: PAYNE, Leigh A. et al. (Org.). *A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça. P.102-139. P. 111

práticas. Dentre os casos julgados pela Corte pode-se citar: *Barrios Altos vs. Peru*, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>221</sup>, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, *La Cantuta vs. Peru*, *Gomes Lund vs. Brasil* e *Gelmán vs. Uruguai*.

O caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>222</sup> foi o primeiro caso contencioso<sup>223</sup> da Corte sentenciado em 1988. Neste caso de violação aos direitos humanos não foi publicada propriamente uma lei de anistia. Contudo, foram enfrentadas importantes questões a respeito da prática de condutas criminosas por parte do Estado e o reconhecimento das obrigações estatais.

Este caso foi relevante ao afirmar que os Estados-partes ao ratificaram a Convenção Americana assumem o dever de evitar as violações aos direitos consagrados na mesma e, de igual modo, têm a obrigação de punir os indivíduos por essas violações.<sup>224</sup> Entretanto, este julgado não será analisado por não analisar especificamente uma lei de anistia.

Neste e nos demais casos citados pode-se perceber a tendência internacional no sentido de promover a investigação, julgamento e eventual condenação dos responsáveis pela violação de direitos humanos como forma de prevenir futuras violações. Nesta perspectiva a Corte objetiva, também, resguardar o direito das vítimas e de seus familiares a reparação, por vezes negligenciada pelo Estado.

Para verificar os parâmetros estabelecidos pela Corte em seus julgados serão analisados de forma detida os casos: *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* e *Gomes Lund vs. Brasil*. Tais casos foram selecionados principalmente pela importância no plano internacional, mas também em razão do aspecto temporal das decisões. Ou seja, entre cada uma das sentenças há um lapso de 5 e 3 anos, respectivamente. Isto permite verificar que a Corte se posiciona no sentido da recusa à

---

<sup>221</sup>Sentença do caso disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf) (acesso em: 3 abr. 2015). Este julgamento foi extremamente relevante para a sociedade civil identificar o Tribunal como meio para efetivar demandas por direitos não efetivados internamente.

<sup>222</sup>Este caso trata da prisão ilegal, tortura e posterior desaparecimento do estudante Manfredo Velásquez ocorrida em 1981. A detenção teria ocorrido por membros da Direção Nacional de Investigação e do G-2 das Forças Armadas de Honduras. A família nunca teve qualquer informação sobre o paradeiro de Manfredo Velásquez.

<sup>223</sup>A Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de sua competência consultiva também se manifestou sobre as violações de direitos humanos ocasionadas durante os regimes autoritários, como exemplo pode-se citar os seguintes casos: Opinião consultiva nº9/87 de 06/10/1987 solicitada pelo Uruguai a respeito da identificação de quais garantias judiciais poderiam ser suspensas em períodos de emergência e a opinião consultiva nº14/94 solicitada pela Comissão para indagar a respeito dos efeitos jurídicos de leis que são incompatíveis com a Convenção Interamericana. Opiniões consultivas disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea>. Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>224</sup>BASTOS, Lucia Helena. Op. Cit. p.249



aplicação da lei de anistia, já no seu primeiro julgado e o reitera e consolida ao transcorrer do tempo.

### 3.2.1 Caso Barrios Altos vs. Peru

Este caso é de particular relevância, pois representou uma primeira condenação estatal para que fossem realizadas as investigações e consequentes perseguições criminais dos responsáveis pelas mortes realizadas no bairro de Barrios Altos localizado em Lima, capital do Peru. Esta também foi a primeira sentença a declarar que uma lei de anistia não poderia ter efeitos jurídicos.

Em 1991, um grupo de militares do exército peruano (de um grupo denominado Colina) chegou a um imóvel em Jirón Huanta em meio a uma celebração e alvejaram as pessoas que estavam participando do evento. Foram mortas no massacre quinze pessoas e outras quatro ficaram feridas. O ataque teria sido uma reação contra o grupo denominado Sendero Luminoso.<sup>225</sup>

Após este fato houve a tentativa de se instalar uma investigação no âmbito do Congresso. No entanto, tal investigação não foi adiante em razão do fechamento do mesmo pelo poder executivo.<sup>226</sup> O caso só voltaria a ser investigado em 1995 pela atuação da promotoria. Ocorre que, os suspeitos se negavam a prestar esclarecimentos alegando que por serem militares da ativa não poderiam se submeter a uma jurisdição civil.

Importante destacar que ainda estava pendente um pedido de manifestação da Corte Suprema a respeito de quem seria a competência para o julgamento dos militares quando sobreveio uma lei de anistia. A Lei nº 26.479/95 teve um trâmite acelerado no Congresso e logo foi sancionada pelo presidente, sem que houvesse maiores debates sobre seus dispositivos. Esta lei era expressa ao enunciar que os agentes do exército, policiais e até mesmo civis que houvessem praticados atos que violassem direitos humanos no período entre 1980 e 1995 estariam anistiados.

A referida lei abarcou não somente os agentes que estavam sendo investigados, mas também, os que haviam sido condenados e os que cumpriam penas. Tratou-se,

---

<sup>225</sup>Sendero luminoso é um partido comunista de inspiração maoísta que praticava atos violentos contra o Estado. Este grupo perdeu força após a captura de um de seus maiores líderes na década de 80.

<sup>226</sup>Em 1992, foi constituído “O Governo de Emergência e Reconstrução Nacional” o qual determinou o fechamento do Congresso.

portanto, de uma anistia ampla, por tal razão a juíza peruana que cuidava do caso não encerrou o processo. Ao proceder desta forma a referida juíza se baseou em um dispositivo constitucional que permitia o afastamento da aplicação de leis que pudessem vulnerar direitos reconhecidos pela constituição.

A decisão proferida pela juíza foi impugnada pelos advogados dos acusados e antes de haver uma decisão definitiva na Décima Primeira Sala Penal da Corte Superior de Lima, para onde o recurso foi encaminhado, o Congresso elaborou nova lei de anistia (Lei nº 26.492) ampliando ainda mais o teor da lei anterior, visando impedir que interpretações semelhantes à obtida pela juíza se proliferassem nos tribunais. Além desta ampliação a lei também previu que a anistia era de aplicação obrigatória.

Importante perceber que após estas manifestações do Congresso a Sala Penal julgou o recurso dos acusados de forma favorável e concluiu que a juíza do caso agiu mal ao interpretar que a referida lei era incompatível com a Constituição. Diante de tais fatos o caso foi arquivado definitivamente. Nota-se, portanto que a via judicial interna havia sido exaurida. Desta forma o caso foi levado à Comissão interamericana pela Coordenadora Nacional de direitos humanos.

Nesta oportunidade foi solicitada medida cautelar perante a Comissão para suspender a eficácia das leis de anistia e para garantir a integridade física da advogada de um dos sobreviventes. A comissão solicitou ao Peru que se manifestasse a respeito da demanda apresentada fornecendo informações consideradas pertinentes e providenciasse medidas que assegurassem a proteção das vítimas sobreviventes e seus familiares.

O feito teve início com a petição da Associação Pró-Direitos Humanos em nome das 15 vítimas fatais e de quatro sobreviventes. A Comissão de Direitos Humanos da Coordenadoria Nacional dos Direitos Humanos apresentou o caso de Filomeno León León e Natividade Condorcahuana. Além destas denúncias, foi também apresentada à Comissão a denúncia da Fundação Ecumênica para o desenvolvimento e a Paz (FEDEPAZ) da Coordenadoria Nacional de Direitos Humanos a respeito das vítimas mortas: Javier Manuel Ríos Rojas e Manuel Isaías Ríos Perez. A Comissão reuniu estas denúncias sob o caso nº11528.<sup>227</sup> e, inicialmente tentou realizar a solução amigável, entretanto, o Estado peruano entendeu que não havia sido esgotada internamente as vias judiciais.

---

<sup>227</sup>Posteriormente os peticionários solicitaram a inclusão no feito do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Instituto de Defesa Legal (IDL) que passaram a figurar como co-peticionários.

Em razão da ausência de solução, a Comissão emitiu um relatório com recomendações.<sup>228</sup> Tais recomendações centram-se no afastamento de leis ou qualquer ato interno que impedisse a responsabilização dos agentes envolvidos no caso. Isto é, a preocupação da Comissão volta-se para a persecução criminal e reparação das vítimas.

O Estado peruano, em resposta, fez alegações de direito interno, ou seja, salientou que as leis de anistia promulgadas (Leis nº 26.479 e Lei nº 26.492) foram consideradas constitucionais. Além disto, o Peru destacou que as referidas leis não obstaculizaram os processos de reparação das vítimas. Contudo, salienta André de Carvalho Ramos<sup>229</sup> que este modelo de defesa apresentado pelo Estado requerido não é justificável no plano internacional. Isto porque, as cortes internacionais veem o direito interno como um fato; desta forma internacionalmente as normas locais não alçam o status de norma jurídica.<sup>230</sup> Por isso a alegação da constitucionalidade das leis de anistia não é sustentável nestes casos.

Os tribunais internos, em última análise não aferiram a compatibilidade dessas leis frente ao parâmetro convencional. Isto é, de acordo com André de Carvalho Ramos, após a aceitação da jurisdição das cortes Internacionais os direitos humanos adquirem um sistema duplo de garantia denominado teoria do duplo controle. Isto significa que além do controle de constitucionalidade os magistrados devem realizar o controle de convencionalidade.<sup>231</sup>

Ademais, o controle de convencionalidade realizado no âmbito interno não poderia vincular o entendimento internacional, ele é considerado como um controle

---

<sup>228</sup>A emissão destas recomendações foi feita com base no artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos que assim dispõe: “Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.” Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

<sup>229</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit. p.817.

<sup>230</sup>Somente quando as próprias fontes internacionais remetem ao direito interno, este poderia ser considerado como norma jurídica. Idem.

<sup>231</sup>Cabe salientar o entendimento esposado por Flávia Piovesan ao conceber um novo desenho característico do ordenamento jurídico distinto da concepção clássica estabelecida por Kelsen. Desta maneira no lugar de um sistema jurídico autopoietico e hermético estruturado de forma piramidal em cujo ápice estaria a Constituição, deve-se compreender a ordem jurídica como um “trapézio poroso” no qual há mútuas influências, inclusive de elementos exógenos. PIOVESAN, Flávia. Informação oral obtida em seminário proferido no dia 31/03/2015, na Fundação Getúlio Vargas Direito Rio.

prévio ou preliminar. Este entendimento objetiva impedir que cada Estado o qual haja ratificado os documentos internacionais possua uma interpretação própria dos mesmos. Por isso cabe a própria Corte Internacional realizar a interpretação das normas internacionais. No presente caso, cabe a Corte analisar a compatibilidade da edição das leis de anistia e seus respectivos dispositivos coadunam-se com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante da argumentação do Estado peruano apresentada à Comissão, esta considerou que havia elementos comprobatórios da violação de direitos humanos<sup>232</sup> e encaminhou o caso à Corte em maio 2000. A Corte Interamericana possuía competência para o caso porque o Peru a reconheceu em 1981. Mesmo diante deste reconhecimento a primeira medida adotada pelo Peru foi não responder a notificação realizada pela Corte para que indicasse um agente, um agente assistente e um juiz *ad hoc*, além de se manifestar a respeito da demanda.

A alegação do Estado peruano foi, novamente, baseada na jurisdição interna. O país argumentou que havia depositado perante a secretaria da Corte documento para se retirar da cláusula facultativa e jurisdição obrigatória. Mais uma vez a Comissão ao defender a atuação da jurisdição internacional utilizou-se da jurisprudência da Corte em relação ao país.<sup>233</sup>

Em 2001, no entanto, o Estado peruano manifestou-se reconhecendo a jurisdição da Corte e indicando como agente Javier Ernesto Ciurlizza Contreras e como agente assistente César Lino Azabache Caracciolo. O Estado solicitou que houvesse a possibilidade de uma solução amistosa do caso. Em razão disso foi realizada uma audiência pública, na qual o Peru reconheceu sua responsabilidade internacional e se propôs a realizar as medidas necessárias para transpor o óbice interno das leis de anistia. O Estado se comprometeu a cumprir uma agenda preliminar para viabilizar as investigações dos fatos para permitir o acesso à verdade e identificação dos agentes responsáveis bem como realizar propostas para as reparações das vítimas.

---

<sup>232</sup>Valério Mazzuoli destaca que a Comissão realiza as denúncias perante a Corte ou, nos casos em que um Estado faça a denúncia, a Comissão também avaliará a admissibilidade da mesma. Este mecanismo estabelecido pela Convenção atribui grande poder à Comissão na medida em que em última análise caberá a Comissão interpretar a e avaliar se houve violação às normas convencionais. MAZZOULI, Valério de Oliveira; GOMES, Luis Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 325.

<sup>233</sup>A Comissão salientou os casos: Castillo Petruzzi e outros, Resolução de 17 de novembro de 1999. Cumprimento de sentença. Série C nº59, ponto resolutivo 1 e caso LoayzaTamaio, Resolução de 17 de novembro de 1999 cumprimento de sentença. Série C nº60, ponto resolutivo 1.

Este posicionamento Estatal foi muito comemorado pela Comissão e pela Corte. Embora tenha sido realizado um acordo amistoso a Corte se pronunciou a respeito de alguns pontos relevantes neste caso. Destaca-se o entendimento esposado pela Corte a respeito das leis de anistia peruana. A primeira premissa estabelecida pela Corte neste caso considera que as leis de anistia, assim como outros mecanismos de exclusão da responsabilidade penal, não podem ser aplicadas em situações de graves violações de direitos humanos.

No caso Barrios Altos ocorreu a execução sumária de quinze pessoas e grave ferimento de outras quatro vítimas em uma atividade ilegal dos agentes estatais. Ocorreu invariavelmente a violação do direito à vida e a integridade física. Contudo, a promulgação das leis de anistia violou, conseqüentemente, o direito de acesso à justiça previstos nos artigos 8 e 25<sup>234</sup> da Convenção, posto que, como visto anteriormente, a

---

<sup>234</sup> Assim dispõe o artigo 8º: Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Por sua vez o artigo 25, assim dispõe: Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado o precedente o recurso. Disponível em:

anistia constitui-se como meio de exclusão de punibilidade. Isto é, haverá ausência de interesse de agir<sup>235</sup> para se iniciar a persecução penal.

A violação destes direitos é ainda mais grave na medida em que acarretam descumprimento também dos dispositivos 1.1 e 2 da Convenção. Estas normas impõem aos Estados-parte a obrigação de promover e garantir os direitos humanos, bem como, determinam o estabelecimento de normas internas para estes fins. Ou seja, na visão da Corte a promulgação de leis de anistia para crimes graves implica descumprimento sistemático da Convenção. Por isso não são compatíveis as referidas leis com o sistema de proteção de direitos humanos.

Como visto anteriormente, o instituto da anistia não gera, em regra, efeitos extra penais. Ou seja, não poderia afastar o direito à reparação das vítimas, como efetivamente ocorreu no presente caso. As leis promulgadas pelo Peru caracterizaram-se por terem promovido a impunidade dos agentes inviabilizando outras formas de identificação e responsabilização dos mesmos. Por isso, a Corte enfatizou a violação ao acesso à justiça e as garantias judiciais.

O juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, em seu voto concordante com a decisão da Corte, evidencia essa relação entre a promulgação de leis que ele denomina autoanistias e a usurpação ao direito à verdade (obtido por meio do acesso às informações) e justiça:

5. As chamadas autoanistias são, em resumo, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (começando pelo próprio acesso à justiça).<sup>12</sup> Elas são manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais–indissociáveis–dos Estados Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos, assegurando o livre e pleno exercício dos mesmos (nos termos do artigo 1(1) da Convenção), assim como de adequar seu direito interno à normativa internacional de proteção (nos termos do artigo 2 da Convenção). Ademais, afetam os direitos protegidos pela Convenção, em particular os direitos às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25).<sup>236</sup>

Outro aspecto avaliado pelo referido juiz trata-se da incompatibilidade das leis de anistia, especialmente das leis de autoanistias, com a normativa internacional de

---

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

<sup>235</sup>O interesse de agir figura como uma das condições da ação, ou seja, para que seja reconhecido o direito subjetivo de ajuizar uma demanda deve haver a necessidade, utilidade e a adequação da via eleita. A exigência de preenchimento das condições da ação para o exercício do direito de ação provém do princípio da economia processual. GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Teoria Geral do Processo*. 26ªed. São Paulo: Malheiros. 2010.p.280 e 281.

<sup>236</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Alto vs. Peru. Sentença de 14 de março de 2001. Voto concordante do juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf). Acesso em: 11 abr 2015, p. 2.

proteção dos direitos humanos. Como visto anteriormente, as Cortes Internacionais não consideram relevante a análise de legalidade<sup>237</sup> das normas realizada internamente na medida em que tais dispositivos são menos protetivos e colocam as vítimas em situação de vulnerabilidade. Em suas palavras, as leis de autoanistias são consideradas atos ilícitos internacionais porque violam o *ius cogens*<sup>238</sup>

Cançado Trindade, para sustentar sua posição, expõe que a proteção da pessoa em detrimento dos interesses estatais (mudança de paradigma do direito internacional do conceito estatocêntrico para o antropocêntrico) é a manifestação da expansão da consciência jurídica universal. Esta, por sua vez, é desenvolvida no direito internacional a partir das decisões das Cortes internacionais, dos debates sobre a proteção humana nos organismos internacionais, nos tratados, bem como em expressões não escritas.<sup>239</sup> Ainda que, eventualmente, os Estados objetivem se defender da responsabilidade estatal internacional ela emerge das “leis da humanidade”.<sup>240</sup>

Em razão deste posicionamento, Cançado Trindade<sup>241</sup> reitera em seus votos a afirmativa de que as leis de autoanistia não podem ser consideradas como tal. Posto que se contrapõem ao desenvolvimento da responsabilidade estatal internacional. O Estado deve ser compreendido como um ente que promove o bem-estar de seus cidadãos e notadamente a promulgação de uma lei que inviabiliza direitos à reparação, à informação e à justiça e, paralelamente, permite proteção aos considerados violadores dos direitos humanos não coaduna com esse paradigma.

Neste caso, *Barrios Alto vs. Peru* o juiz Sérgio Garcia Ramírez também se manifestou em voto concordante com a sentença. Nesta ocasião, se preocupou em salientar que, embora tenha ocorrido o reconhecimento da responsabilidade de forma espontânea pelo Estado os termos dessa aceitação devem ser avaliados pela Corte. Cabe

---

<sup>237</sup>Cançado Trindade ressalta o significado atribuído a norma jurídica no parecer consultivo da Corte em 1986 que considerou “lei” (disposta no artigo 30 da Convenção) como: “norma jurídica de *caráter geral, vinculada ao bem comum*, elaborada segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido, por órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos.” Loc cit.

<sup>238</sup> Como já referido anteriormente, as regras de *ius cogens* são consideradas normas imperativas de direito internacional.

<sup>239</sup>A construção da ideia de consciência humana como fonte material da proteção de direitos inderrogáveis origina-se da denominada Cláusula Martens, tal nome provém do representante russo nas Convenções de Haia, Friedrich Martens que defendeu a proteção de indivíduos ainda que não haja uma norma escrita a este respeito. Ou seja, esta cláusula figura como importante método interpretativo para o direito humanitário e para a proteção do indivíduo. Cançado Trindade aduz que a referida cláusula é uma expressão da “razão da humanidade impondo limites à razão do Estado”.

<sup>240</sup>Loc. cit.

<sup>241</sup>Como exemplo pode-se citar a manifestação de Cançado Trindade nos autos do caso *Loayza Tamayo vs. Peru*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf). Acessado em: 14/04/2015.

aos Tribunais internacionais realizarem a interpretação das normas internacionais<sup>242</sup> e, portanto, o ato de aceitação, juntamente como os acordos de reparação, não possui o condão de extinguir o processo perante a Corte.

Ainda em seu voto, o juiz Sergio Ramírez destaca a importância do disposto no artigo 2 da Convenção que determina o dever de adotar disposições no direito interno para promover os direitos humanos. Em razão desse dever estatal, a promulgação das leis de autoanistia não encontra amparo ante a Convenção. No presente caso, a anistia concedida abarcou crimes graves (homicídio e lesão à integridade física) e não resultou de um amplo debate e participação social.

O referido juiz sustenta que normas que concedem a anistia, prescrição ou causas de exclusão de incriminação diante de condutas consideradas graves atentados contra a pessoa humana violam o princípio da vedação da proteção deficiente. Isto é, em um Estado de direito a criminalização de condutas deve pautar-se pelo princípio da intervenção mínima, razão pela qual somente as condutas consideradas mais graves podem ser criminalizadas e, a contrário senso, tais atos não podem deixar de ser investigados e punidos.

O juiz Ramírez acrescenta em seu voto a diferença entre as leis de anistia, que, segundo seu entendimento, são compreensíveis e justificáveis em momentos de reconciliação nacional, e leis de autoanistias. As leis peruanas foram interpretadas como leis desta natureza e por isso não poderiam caracterizar óbice as investigações e julgamentos dos agentes que praticaram crimes tão graves. Assim discorreu Sérgio Ramírez:

10. No citado Voto Concordante me referi precisamente à lei de anistia nº 26.479, expedida pelo Peru, correspondente à categoria das chamadas “autoanistias”, que são “expedidas em favor de quem exerce a autoridade e por estes mesmos”, e diferem das anistias “que resultam de um processo de pacificação com sustento democrático e alcances razoáveis, que excluem a perseguição de condutas realizadas por membros dos diversos grupos em conflito, mas deixam aberta a possibilidade de punir fatos gravíssimos, que nenhum daqueles aprova ou reconhece como adequados” (par. 9).

11. Certamente não desconheço a alta conveniência de alentar a concórdia civil através de normas de anistia que contribuam ao restabelecimento da paz e à abertura de novas etapas construtivas na vida de uma nação. Entretanto,

---

<sup>242</sup>Sobre o tema, assim dispôs o juiz Sérgio Ramírez em seu voto: Portanto, corresponde ao Tribunal examinar e decidir se certos fatos admitidos —ou bem, em outra hipótese, provados no curso regular de um procedimento contencioso— envolvem a violação de determinado direito previsto num artigo da Convenção. Esta qualificação, inerente à tarefa do Tribunal, escapa às faculdades dispositivas — unilaterais ou bilaterais— das partes, que elevam a contenda ao conhecimento do Tribunal, mas não substituem a este. Exposto de outra maneira, a função de “dizer o Direito” — estabelecendo a relação que existe entre o fato examinado e a norma aplicável— corresponde unicamente ao órgão jurisdicional, isto é, à Corte Interamericana. Voto concordante do Juiz Sérgio Garcia Ramírez à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barrios Alto. Idem.



destaco —como o faz um crescente setor da doutrina, e já o fez a Corte Interamericana— que essas disposições de esquecimento e perdão “não podem acobertar as mais severas violações aos direitos humanos, que significam um grave menosprezo à dignidade do ser humano e repugnam a consciência da humanidade” (Voto cit., par. 7).<sup>243</sup>

A sentença da Corte no caso Barrios Alto seguidas dos votos concordantes dos juízes Antonio Augusto Cançado Trindade e Sérgio Garcia Ramírez reforçam e destacam questões relevantes a respeito da possível concessão de anistia referente a atos como a execução extrajudicial, o desaparecimento forçado, estupro, tortura, entre outros. Na sentença a efetivação dos direitos humanos é priorizada, por isso a Corte analisa o caso em uma perspectiva reparadora e preventiva.

A perspectiva reparadora se evidencia com o reconhecimento dos direitos das vítimas sobreviventes e dos familiares das falecidas, à informação, ou seja, ao acesso aos documentos que comprovem a verdade dos fatos e a reparações financeiras. Sob a perspectiva preventiva a condenação determina que o Estado investigue, julgue e condene os responsáveis pela violação para que este julgamento finde com a ideia de impunidade e conseqüentemente diminua a possibilidade de novas violações futuras.

Esta percepção de que as anistias geram um efeito negativo sobre a futura efetivação dos direitos humanos foi investigada por Payne<sup>244</sup> em um estudo realizado com base no levantamento quantitativo a respeito do nível de democracia<sup>245</sup> e níveis de violência alcançados em diversos países após transições. Leigh Payne destaca que a América Latina é a região considerada líder nos julgamentos dos responsáveis pela violação dos direitos humanos.<sup>246</sup> Entretanto os dados levantados mostram que o

<sup>243</sup>Voto concordante do Juiz Sérgio Garcia Ramírez na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barrios Alto vs. Peru. Sentença condenatória de 14 de março de 2001. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf). Acessado em: 20 abr 2015.

<sup>244</sup>Leigh Payne, Andrew Reiter e Olsen PAYNE, coletaram dados de diversos países com o objetivo de investigar a utilização de cinco mecanismos de justiça de transição e seus efeitos sobre a democratização dos países. Os mecanismos investigados foram a anistia, os julgamentos por violações dos direitos humanos, reparações, comissões da verdade e as denominadas políticas de depuração (vistas anteriormente, como *vettingspolices*). É a partir destes dados, divulgados no estudo *transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, que os autores trabalham para analisar as conseqüências da aplicação de cada mecanismo. No entanto, é preciso ter em mente que os dados possuem uma limitação temporal iniciado na década de 1970 até 2007, este recorte temporal visa abarcar a terceira onda de democratização. Leigh A. et al. Equilibrando julgamentos e anistias na América Latina: perspectiva comparativa e teórica. In: *Revista Anistia.política e justiça de transição*. Ministério da justiça, Brasília, vol.2 jul.-dez.,2009.

<sup>245</sup> Para identificar níveis de democracia o estudo se utilizou da variável “Polity IV’s Regime transition” disponível em: [www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm](http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm).

<sup>246</sup> Dispondo neste mesmo sentido: BOITEAUX, Luciana. Et al. *Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul*. Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro, v.25, n.2, p.55-75, jul/dez. 2009.p. 59

continente europeu apresenta um número relativamente maior de julgamentos nos contextos de transição, a América latina lidera nos mecanismos de comissões da verdade, anistia e nos julgamentos tardios.<sup>247</sup>

Este é um fenômeno complexo que pode ser compreendido por fatores econômicos como é o caso de países que se encontravam em situações de crise as quais limitavam a alocação de despesas e por isso medidas reparatórias e reconciliatórias foram as priorizadas em detrimento dos julgamentos. De igual modo a adoção dos julgamentos de forma tardia pode ser compreendida como uma forma preventiva para evitar as constantes instabilidades políticas das democracias nascentes.

Como resultado deste estudo, Payne verificou, principalmente, que países que adotaram como mecanismos de justiça de transição os julgamentos apresentam, anos mais tarde, nível de democracia elevado e níveis de violência reduzidos. Diante destes resultados corrobora-se o entendimento consolidado dos Tribunais internacionais ao enfatizar a relevância das investigações e responsabilizações criminais.

A seguir será abordado outro importante caso, no qual a Corte estabelece a relação entre a promulgação de leis de anistia (mais especificamente as leis de autoanistia) e as violações ao disposto na Convenção Americana de direitos humanos.

### 3.2.2 Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile

O presente caso refere-se à execução sumária de Luis Alfredo Almonacid Arellano, cidadão chileno, que era professor e tinha atuação política (sendo integrante do partido comunista chileno). Em setembro de 1973, Almonacid Arellano foi morto diante de seus familiares por agentes carabineiros no local em que morava.

Após o ocorrido, em outubro do mesmo ano, foi iniciada uma investigação perante o primeiro tribunal penal de Rancagua. Entretanto, a investigação era sucessivamente arquivada e a Corte de Apelação revogava tais arquivamentos, porém, um ano após o fato a Corte acolheu o arquivamento de forma temporária.<sup>248</sup>

Em 1978, a junta militar que governava o país expediu o decreto-lei nº 2.191, este foi um decreto de anistia para os crimes que tivessem ocorrido no período de sítio,

---

<sup>247</sup>PAYNE, Leigh. Op. Cit. 156.

<sup>248</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença condenatória no caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Nº154. São José da Costa Rica, 26 de setembro de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 26 abr. 2015.

compreendido entre 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978. Esta anistia foi condicionada e parcial. Condicionada, porque para ser beneficiário da anistia era necessário não estar sendo processado e tampouco ter sido condenado na data em que o decreto-lei foi editado.<sup>249</sup> A anistia também foi parcial porque expressamente excluiu alguns crimes tais como: o parricídio, o infanticídio, estupro, corrupção de menores, incêndio e outros estragos, crimes tributários, entre outros.<sup>250</sup>

A viúva da vítima, Elvira do Rosário Gomez Olivares, tentou, após a reabertura política chilena, desarquivar a investigação do caso que havia sido arquivada pelo Primeiro Tribunal Penal de Rancagua. Em que pese, o referido juiz tenha ouvido depoimentos de possíveis responsáveis pelo crime ele se considerou incompetente para o julgamento da causa.

Diante desta controvérsia, Elvira do Rosário Gomez Olivares interpôs recursos provocando a jurisdição da Corte de Apelação. A decisão desta segunda instância foi favorável a requerente, razão pela qual a investigação deveria prosseguir para que houvesse uma conclusão sobre a situação dos investigados na época. No entanto, o juiz determinou, novamente, o encerramento do inquérito e arquivou em definitivo o procedimento com base no decreto-lei nº 2.191/78. Em razão desta conduta, já em 1995, a Corte de Apelação determinou a reabertura do caso, posto que as investigações não tinham terminado.

Em virtude da reabertura do caso, foram indiciados Raúl Hunán Neveu Cortesi, como autor do crime, e Manuel Segundo Castro Osório, como seu cúmplice, e, mesmo havendo este indiciamento, não ocorreu condenação. Isto porque a Corte de Apelação

---

<sup>249</sup> Assim dispunha o artigo 1º, do Decreto-lei nº 2.191/78: “Artigo 1º- Concede-se anistia a todas as pessoas que, em qualidade de autores, cúmplices ou encobridores tenham incorrido em fatos delituosos, durante a vigência da situação de Estado de Sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, sempre que não se encontrem atualmente submetidas a processo ou condenadas.”

<sup>250</sup>O artigo 3º da Lei de anistia chilena exclui dos beneficiários da mesma: “Não ficarão compreendidas na anistia a que se refere o artigo 1º as pessoas contra quem houver ação penal vigente pelos delitos de parricídio, infanticídio, roubo com uso de força ou com violência ou intimidação de pessoas, elaboração ou tráfico de entorpecentes, subtração de menores de idade, corrupção de menores, incêndios e outros estragos; violação, estupro, incesto, dirigir em estado de embriaguez, malversação de fundos ou bens públicos, fraudes e cobranças ilegais, fraude e outro tipo de manipulação, abusos desonestos, delitos contemplados no decreto lei número 280 de 1974, e suas posteriores modificações; suborno, fraude e contrabando aduaneiro e delitos previstos no Código Tributário.” Nota-se pela seleção dos crimes excluídos da anistia que as condutas criminosas, potencialmente praticadas pelos agentes estatais não foram incluídas na vedação de anistia.

acolheu recurso em relação a Castro Osório, considerando este isento de qualquer processo.

Além deste fato, o Segundo Tribunal Militar de Santiago suscitou a incompetência do juízo de Rancagua perante a Corte Suprema, alegando que os indiciados estavam em atividade e que, na ocorrência dos fatos, o país encontrava-se em situação de sítio equivalente a situação de guerra. Em 1996, a Corte Suprema concluiu pela competência do Segundo Tribunal Militar de Santiago, por isso as investigações passaram para a Segunda promotoria do Exército e Carabineiros de Santiago que, por sua vez, requereu ao tribunal que encerrasse o caso em virtude do decreto-lei de anistia nº 2.191/78, extinguindo a punibilidade dos agentes.

Este pedido foi acatado pelo Segundo Tribunal Militar e coube à viúva da vítima novamente recorrer à Corte Marcial. A decisão da Corte manteve a extinção da punibilidade pela anistia e destacou que as normas internacionais não poderiam ser invocadas ao caso. Este entendimento é consubstanciado pelo procedimento de internalização dos tratados no âmbito interno e da ideia de que a vinculação estatal aos compromissos internacionais só ocorre após a ratificação dos referidos documentos.

No caso da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, (como será analisado adiante), o artigo 62<sup>251</sup> dispõe sobre o reconhecimento de obrigatoriedade da jurisdição da Corte. Em razão desta norma, os Estados-parte alegam que os fatos anteriores a este reconhecimento não poderiam ser objeto de questionamento diante da Corte (incompetência *ratione temporis*). Elvira do Rosário Gomes Olivares interpôs recurso desta decisão que não foi apreciado por ter sido considerado extemporâneo.

Após essa decisão, a viúva da vítima não possuía mais recursos internos para os quais pudesse recorrer. Por tal razão, Elvira do Rosário apresentou (juntamente com Mario Marquez Maldonado) uma petição perante a Comissão Interamericana a respeito das violações realizadas pelo Estado Chileno no caso da execução sumária de Almonacid Arellano.

Em 2002, a Comissão admitiu a petição e a transmitiu ao Estado. Em 2005, a Comissão adotou um relatório de mérito a respeito do caso reconhecendo que as

---

<sup>251</sup>O artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos assim dispõe: Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acessado em: 24/04/2015.

violações haviam ocorrido e indicando recomendações para o Estado chileno com objetivo de reparar os danos. Mesmo após a emissão do relatório de mérito e fixado o prazo para o Chile apresentar seu relatório com as medidas adotadas para a solução do caso, o Estado chileno não se manifestou. Diante da omissão estatal a respeito da implantação das medidas orientadas pela Comissão, esta levou o caso à Corte, em 2005.

Durante o processo perante a Corte o Chile apresentou exceções preliminares referentes: a irregularidades durante o procedimento perante a Corte e a incompetência *ratione temporis*. Em conjunto com estas alegações, inicialmente, a Corte analisou também outra exceção identificada no processo a respeito do não esgotamento das vias internas que surgiu no bojo do processo.

Preliminarmente, a Corte se manifestou a respeito da competência *ratione temporis*. Ela afastou o posicionamento estatal de que as violações ocorridas no presente caso se referem a fatos praticados antes do reconhecimento da jurisdição obrigatória. No entendimento esposado pela Corte, a cláusula não poderia ser utilizada como meio para a concretização de reservas em um tratado multilateral. Portanto, será a própria Corte que avaliará quais violações poderão ser apreciadas neste processo.

Neste sentido, afastando a questão preliminar o Tribunal reiterou sua jurisprudência para considerar que é possível haver desdobramento de atos independentes no processo. Ou seja, ainda que o fato que deu início ao processo judicial interno (o homicídio de Almonacid Arellano) tenha ocorrido antes de 1990, data do reconhecimento da jurisdição obrigatória, a decisão sobre o incidente de competência e consequente declínio para a justiça militar ocorreram posteriormente a essa data.

Ademais, a aplicação e interpretação do decreto-lei nº 2.191/78 pelos magistrados também ocorreu após o ano de 1990. Baseado neste entendimento a Corte afastou esta questão preliminar. A segunda questão preliminar questionou o regular tramite do procedimento perante a Comissão. Essa preliminar foi refutada após a verificação de que o Estado havia enviado seu relatório tardiamente e que a comunicação feita pela Comissão aos petionários tratava-se de procedimento previsto pelo próprio regulamento da Comissão em seu artigo 43.3.

Por fim, a Corte enfrentou como preliminar, ainda que não apresentada formalmente de tal modo, o esgotamento dos recursos internos. No tocante a este argumento o tribunal ressaltou que esta é uma questão de admissibilidade da demanda perante a Comissão da qual o Estado pode abrir mão de forma expressa ou tácita. Tendo

em vista que o Chile não se manifestou de maneira oportuna, a Corte considerou que o mesmo renunciou a essa prerrogativa.

Ultrapassadas estas questões iniciais, nota-se que a própria sentença, ao ser redigida, já representa uma forma de estabelecer o direito à verdade.<sup>252</sup> Isto porque, no momento da instrução processual, há a produção da prova, ou seja, documentos são apresentados, depoimentos de testemunhas são colhidos e exames técnicos têm seus laudos questionados. Todo esse procedimento ocorre sob o crivo do direito ao contraditório e da ampla defesa. Somente após este procedimento dialético, a Corte irá fundamentar sua decisão considerando os fatos que tenham sido comprovados em juízo.

Portanto, ainda que algumas provas não possam ser apreciadas ou, simplesmente, ainda que não haja prova sobre determinado fato, uma parte significativa dos acontecimentos que tenham sido ocultados poderá ser revelada. No presente caso, houve intensa produção de prova testemunhal que permitiu aos familiares das vítimas o acesso à informação.

Ademais, a sentença da Corte estabeleceu uma importante distinção na adoção de leis de anistia. Neste caso, é possível compreender que o entendimento internacional não veda, a priori, o mecanismo da anistia em processos transicionais, mas cuida de identificar a sua forma de aplicação. Ou seja, o instituto da anistia passa a ser analisado de maneira contextualizada, o que transcende aspectos antes consagrados, como a retribuição, a soberania e a conveniência da adoção do instituto.<sup>253</sup> Neste caso, a Corte consolidou entendimento de que a anistia para crimes contra a humanidade não deve ser admitida.

A sentença parte da premissa que a execução sumária de Almonacid Arellano configura um crime contra a humanidade. O segundo ponto de análise foi se os crimes contra a humanidade poderiam ser anistiados<sup>254</sup>. A partir desta classificação, a Corte diferencia as anistias consideradas internacionalmente válidas e as demais. Por fim, a Corte estabeleceu que o homicídio de Almonacid Arellano estaria abarcado pela lei de anistia publicada no Chile, Lei nº 2191/78.

Por meio das provas produzidas no bojo da audiência pública realizada, a Corte concluiu pelos fatos acima expostos e prosseguiu fundamentando sobre o

---

<sup>252</sup> Este aspecto instrumental das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos é destacado por Lucia Elena Arante Ferreira Bastos ao abordar o caso Castillo Páez vs. Peru. Op. Cit. p.249.

<sup>253</sup> BASTOS, Lucia Elena A. F. Op. Cit. p.261

<sup>254</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentença série C, nº154, parágrafo 90. São José da Costa Rica, 26 de setembro de 2006.

reconhecimento do homicídio<sup>255</sup> como crime contra a humanidade. O Tribunal avaliou que, no direito internacional, há referência aos crimes de lesa humanidade desde o preâmbulo das Convenções de Haia de 1907. Especificamente em relação ao crime de homicídio, o Acordo de Londres<sup>256</sup> o referencia entre os crimes contra a humanidade que serão objetos de investigação, no bojo das violações praticadas durante a Segunda Guerra.

Ademais, a Corte destaca a jurisprudência internacional, incluindo dos tribunais *ad hoc* para antiga Jugoslávia e para Ruanda que também imputavam como crime de lesa humanidade o homicídio. Assim, é possível notar que embora não haja propriamente uma lei penal sobre tais crimes, há uma construção doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.<sup>257</sup>

Após analisar a legalidade do homicídio como crime contra a humanidade, a Corte estabeleceu que o homicídio de Almonacid Arellano se enquadrava nesta categoria de crimes. Posto que, embora não houvesse um contexto de guerra, estava caracterizado um estado de exceção, no qual foi estabelecida, como forma de atuação do governo, a repressão sistemática dos opositores políticos. Portanto, para a caracterização da conduta criminosa como crime contra a humanidade, deve o fato (homicídio, tortura, desaparecimento forçado, estupro, entre outras condutas) ser um ataque sistemático ou generalizado contra a população civil (pessoas que não integram as hostilidades).

Após fixar esta premissa, a Corte passa a analisar se os crimes de lesa humanidade podem ser anistiados. Nesta análise, o Tribunal evidencia que no sistema da ONU,<sup>258</sup> a prática de tais crimes é compreendida como um ataque ao indivíduo, mas também a toda a humanidade afetando bens jurídicos internacionais como a paz e a segurança. Assim, no plano internacional a concessão de anistia, ainda que possua a intenção de reconciliação e manutenção de paz, é inadmissível, posto que viola os direitos e liberdades fundamentais. No Estatuto da Corte, estes direitos são consagrados

---

<sup>255</sup>A Corte por vezes utiliza o termo “assassinato” para se referir ao crime de homicídio. Ver parágrafo nº95.

<sup>256</sup>O Acordo de Londres foi o acordo de paz estabelecido entre as potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial que estabeleceu o Estatuto do Tribunal Militar Internacional para julgar os crimes praticados pelos países que compunham o Eixo. Ver nota supra.

<sup>257</sup>Atualmente, como já visto anteriormente, os crimes contra a humanidade estão conceituados no Estatuto de Roma que institui o tribunal Penal Internacional. No entanto, a conceituação ali prevista objetiva fixar competência.

<sup>258</sup>Neste sentido a sentença destaca as resoluções nº2583/1969 e nº3074/1973. Da Assembleia Geral da ONU e o relatório do Secretário Geral para o Estabelecimento de um Tribunal para Serra Leoa de outubro de 2000. Comentários expostos nos parágrafos nº106 a 109 da sentença condenatória nº154, de 21 de setembro de 2001.

em seu artigo 1.1 e é deste dispositivo que a Corte aduz a obrigação dos Estados em promover a defesa destes direitos.

Por fim, o Tribunal se preocupou em avaliar se o decreto-lei nº2191/78 pode ser considerado em vigor após 21 de agosto de 1990 (data do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte). Neste sentido, ainda que o decreto-lei referido tenha excluído da anistia alguns crimes (conforme disposto em seu artigo 3º), os crimes de lesa humanidade não foram excluídos. Este também foi o entendimento das Cortes internas que aplicaram o decreto-lei ao presente caso.

Diante desta não revogação expressa do decreto-lei nº 2.191/78, a Corte considerou que o poder judiciário estaria violando o disposto no artigo 1.1 da Convenção Americana ao aplicá-lo além das violações aos dispositivos 8 e 25 (já acima referidos) sobre o acesso a justiça. Ainda neste caso foi abordada a questão da competência dos tribunais militares. O segundo Tribunal Militar de Santiago, ao suscitar o conflito de competência com o Primeiro Tribunal Penal de Rancagua, deixou de observar que, para a fixação da competência dos tribunais militares, deve estar conjugada, com a condição de militar em exercício, a violação de bem jurídico da ordem militar.

Neste sentido, a Corte reafirma, em seu julgado, que, em Estados democráticos, a jurisdição militar deve estar adstrita ao julgamento de militares na ativa e em ocasiões nas quais o bem jurídico violado seja de estrito interesse militar. Neste sentido dispôs o vice-presidente da Corte Interamericana, Roberto de Figueiredo Caldas<sup>259</sup>:

É praticamente unânime nos organismos internacionais a consideração de que os civis, mesmo quando pratiquem crimes conexos ou aliados a militares, devam ser julgados pela justiça ordinária. E também de maneira nenhuma haverá competência da Justiça Militar, mesmo que militares sejam, quando se trata de ofensa ou crimes graves de direitos humanos. Nestes casos, os crimes serão de competência penal ordinária de cada país. (...)

Não basta a condição de militar do agente para que o delito seja julgado pela jurisdição castrense. É preciso que o bem jurídico violado tenha relação direta com os princípios e valores tutelados pelo Direito Penal Militar. Por isso os estados devem buscar dialogar continuamente, como nós também do sistema interamericano de direitos humanos devemos dialogar. Dialogar para adequar a tempo e modo as legislações e o balanceamento da interpretação desses julgamentos. O direito interno deve se adequar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos por expressa dicção desse importante diploma. No direito interno é preciso que se defina claramente quem são os agentes militares e quais

---

<sup>259</sup> CALDAS, Roberto Figueiredo. Trecho da palestra proferida pelo magistrado no Encontro da Justiça Militar da União com a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos com o tema “Uma discussão sobre o papel das Justiças Militares no Sistema Interamericano de Direitos Humanos” ocorrido em Brasília no dia 09/02/2015. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/vice-presidente-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-reafirma-que-jurisprudencia-do-tribunal-e-contraria-ao-julgamento-de-civis-pela-justica-militar/>. Acesso em: 01 maio 2015.



são as condutas delitivas típicas do meio militar. Essa revisão constante e sistemática, deve ocorrer para adequar os tribunais internos aos tribunais internacionais.

Desta forma, a Corte determinou que a decisão de declínio de competência também violou direito de acesso à justiça, na medida em que viola o direito ao juiz natural e ao devido processo.<sup>260</sup> O Tribunal observou ainda o dever de reparar os danos sofridos aos familiares das vítimas. Este direito emerge no momento em que o Estado é responsabilizado por um ilícito internacional. Neste caso, o Chile reconheceu essa responsabilidade e promoveu algumas medidas reparatorias<sup>261</sup>, no entanto não exerceu a persecução penal de forma adequada.

Esta, no entanto, é considerada uma das reparações mais próximas à denominada *restitutio integram*, juntamente com a obrigação estatal de revogar a lei de anistia (decreto-lei nº2191/78). Assim, após discorrer sobre todas estas questões a Corte determinou como pontos resolutivos a responsabilidade estatal pela violação dos direitos previstos, nos artigos 8.1 e 25, e constatou a invalidade do decreto-lei nº 2.191/78 frente à Convenção Americana.

Diante disto, determinou o dever do Estado de desobstruir o acesso à justiça e realizar as investigações necessárias para o esclarecimento dos fatos. Ou seja, além do pagamento de custas, o Estado terá que satisfazer obrigações de fazer: publicar parte da sentença, investigar e julgar os responsáveis pela execução sumária do senhor Almonacid Arellano e reconhecer incompatível com a Convenção Americana o decreto-lei nº 2.191/78.<sup>262</sup> Par Engstrom destaca que, diferentemente do ocorrido no caso Barrios Altos, no presente caso, a Corte enfrentou a questão da necessidade de revogação da lei conflitante com a Convenção.<sup>263</sup>

O juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, também nesse caso, apresentou voto concordante com a sentença. Em seu voto, o referido juiz destaca aspectos importantes

---

<sup>260</sup>Ver parágrafo nº131 e seguintes da sentença condenatória do caso. Serie C, nº154 de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)> Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>261</sup>O Estado Chileno por meio do Decreto Supremo nº355 determinou a criação da Comissão da Verdade e Reconciliação. Após a conclusão dos trabalhos o presidente chileno pediu desculpas publicamente pelos fatos praticados. Além desta foram criadas a Corporação Nacional de Reparação e Reconciliação (pela Lei nº19.123/92) e a Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura (Decreto Supremo nº1.040/2003). O Estado também realizou a construção de memoriais e criou diversos programas de assistência para as vítimas e seus familiares. Parágrafos nº82.26 a 82.33 da sentença

<sup>262</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pontos resolutivos da sentença do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, série C, nº154 de 26 de setembro de 2006. Disponível em:< [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)> Acesso em: 03 maio 2015.

<sup>263</sup> ENGSTROM, Par. Op. Cit. p. 121.

sobre as leis consideradas de autoanistia e sua falta de validade internacional. Para tanto, resalta argumentos já trabalhados no caso *Barrios Alto vs. Peru* dentre eles a incompatibilidade do conceito de lei com os fins almejados pelas denominadas leis de autoanistias.

Além disso, Cançado Trindade reitera o entendimento de que tais leis violam normas de *ius cogens*, considerando que são leis, as quais frustram não só o direito de acesso a justiça e as reparações, mas também o direito à justiça e à verdade. O citado juiz demonstra em seu voto a análise conjunta e interligada das obrigações contidas nos artigos 1 e 2, bem como os deveres dispostos nos artigos 8 e 25, todos da Convenção. Ou seja, ele propõe uma nova hermenêutica para tais dispositivos que estabelecem uma responsabilidade agravada, visto que houve a violação ao direito à vida, a integridade física, à liberdade no momento das prisões e execuções sumárias e também houve violação no momento da edição do decreto-lei de autoanistia.

Por fim, o juiz Cançado Trindade evidencia a convergência dos crimes contra a humanidade não apenas com o direito internacional dos direitos humanos, mas também com o direito internacional humanitário e com o direito penal internacional. Por consequência, a prática destes crimes ocasiona: a responsabilidade Estatal objetiva (segundo entendimento do acolhido pelo juiz) de reparar e prevenir que outros crimes dessa natureza ocorram e, sob o enfoque do direito penal internacional, que os a gentes envolvidos (ainda que não sejam propriamente os executores, mas autores intelectuais) sejam identificados e responsabilizados penalmente por tais atos.

### 3.2.3 Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil

O presente caso constitui um dos cinco casos contenciosos nos quais o Brasil foi acionado perante a Corte.<sup>264</sup> Internamente houve grade repercussão do caso. No âmbito do poder executivo e legislativo, houve a promulgação da lei nº 12.528/11,<sup>265</sup> que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV). No âmbito do Ministério Público Federal

---

<sup>264</sup>Não estão incluídos nestes dados os casos em trâmite, as medidas provisórias e urgentes, as opiniões consultivas e os relatórios e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dentre estes casos o Brasil foi condenado em quatro deles, quais sejam: *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Escher e outros vs. Brasil*, *Garibaldi vs. Brasil* e o referido caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. No caso *Nogueira de Carvalho vs. Brasil* não ocorreu a condenação do país. Dados disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 04 maio 2015.

<sup>265</sup>Por meio da medida provisória nº632 de 2013 o mandato da CNV foi prorrogado até dezembro de 2014.

(MPF), houve a criação de um Grupo de Trabalho<sup>266</sup> para maior concentração de esforços nas investigações decorrentes dos fatos criminosos ocorridos durante a ditadura brasileira de 1964-1985.

Este caso, assim como os anteriores foi encaminhado à Corte pela Comissão Interamericana em virtude da ausência de realização das recomendações emitidas pela mesma. Em 1995<sup>267</sup>, o Centro pela Justiça e Direito Internacional e a Human Rights Watch/Americas apresentaram à Comissão de Direitos Humanos a petição em favor dos desaparecidos durante a guerrilha do Araguaia. Tal petição teve relatório de admissibilidade, em 2001, e, analisada no mérito, a Comissão também concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro frente às acusações.

O caso foi encaminhado para Corte em 2009. A Guerrilha do Araguaia foi um grupo revolucionário atuante no meio rural, localizado na região amazônica ao longo do rio Araguaia. Este grupo foi organizado pelo Partido Comunista do Brasil, entre o final da década de 60 e início da década de 70, com o objetivo de realizar uma revolução comunista, partindo do meio rural. O Estado brasileiro organizou uma operação, entre os anos de 1972 e 1975, com o objetivo de por fim à organização da guerrilha. Após essa operação, os integrantes foram considerados desaparecidos.

Diante de tais fatos, a Comissão solicitou que a Corte declarasse a responsabilidade do Estado pela violação ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão, às garantias judiciais. Estas violações deveriam ser analisadas em conjunto com os deveres previstos nos artigos 1.1 e 2 ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já perante a Corte, em 2009, o Grupo Tortura Nunca Mais, a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentaram seus escritos de solicitação e argumentação. Estes entes passaram a figurar como representantes na ação. Além das

---

<sup>266</sup>O denominado Grupo de Trabalho Justiça de Transição foi criado pela portaria 21 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. O artigo primeiro da referida portaria define a atuação do grupo para analisar: “os aspectos criminais da sentença da Corte no caso Gomes Lund vs. Brasil com o objetivo de fornecer apoio jurídico e operacional aos Procuradores da República para investigar e processar casos de graves violações a DH cometidas durante o regime militar.” MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. Grupo de Trabalho Justiça de Transição: Atividades de Persecução Penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011/2013. Série Relatórios de Atuação. Brasília, 2014.p. 19.

<sup>267</sup>MORAIS, Ana Luiza Zago de. *Caso Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista Liberdades. Ver. N°8, set.-dez. de 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/95-ARTIGOS](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/95-ARTIGOS)>. Acesso em: 19 mar. 2014.

demandas já apresentadas, estas organizações solicitaram que o Estado fosse responsabilizado por violações à Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura.

O Brasil apresentou, em 2009, três exceções preliminares, alegando: 1- a incompetência da Corte, tendo em vista que o Estado se submeteu à jurisdição obrigatória apenas em novembro de 1998; 2- a inadmissibilidade da demanda, em virtude da ausência de esgotamento das vias internas; e 3 – a ausência de interesse processual da Comissão e dos representantes. Importa destacar que, a respeito da exceção preliminar sobre a competência *ratione temporis* da Corte, o Estado teve êxito parcial.

A Corte, ao decidir sobre as exceções, reafirmou posição já assumida anteriormente. No tocante à fixação de competência, em que pese o Brasil tenha se submetido à jurisdição contenciosa apenas em 1988, há, no presente caso, uma perpetuação das violações praticadas. Ou seja, as supostas vítimas se encontram desaparecidas e o acesso à informação aos familiares também é reiteradamente negado.

Por isso, a Corte considerou parcialmente procedente essa exceção ao excluir do pleito a apreciação da execução sumária de Maria Lucia Petit da Silva.<sup>268</sup> As demais exceções foram analisadas e afastadas pelo Tribunal, na medida em que a Comissão não violou o procedimento previsto na Convenção e a mesma possui autonomia para avaliar a admissibilidade dos casos a serem ou não submetidos à Corte.

Importa observar que o Tribunal se posicionou, no presente caso, de forma semelhante ao ocorrido no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ao reconhecer que o Estado havia realizado medidas reparatórias e que tais medidas não esgotam as obrigações estatais em virtude dos ilícitos praticados. Em razão desta postura, a Corte também rechaçou a exceção preliminar de ausência de interesse processual da Comissão.

Por fim, foi analisada a alegação do Estado de que não foram esgotadas as instâncias internas tampouco foi acolhida. Isto porque a Corte possui entendimento de que esta verificação deve ser apresentada pelo Estado no momento de admissibilidade da demanda perante a Comissão. Entretanto, neste momento, o Brasil somente se manifestou alegando haver uma ação ordinária em curso e a possibilidade de impetração de habeas data.

---

<sup>268</sup> Considerações da Corte estabelecidas nos parágrafos nº15, 16, 17 e 18 da sentença condenatória, série c, nº219 do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil

Destaca-se que, a respeito da possibilidade de utilização de *Habeas data*, a Corte considerou que o Estado havia desistido de tal argumento, posto que não o reiterou perante o tribunal. Já a existência da ação ordinária nº8200024682-5 não foi considerada óbice ao conhecimento do caso, em razão de não ser considerada um recurso efetivo de acesso à justiça.<sup>269</sup>

Em 2010, a Corte realizou uma audiência pública, na qual foram produzidas diversas provas: oitiva de supostas vítimas, testemunhas e dos peritos, além das provas documentais juntadas pelas partes. No escopo do processo, emerge a análise da Corte sobre violação de diversos direitos, além daqueles que já haviam sido questionados nos casos apresentados anteriormente.

Ademais as alegações de violação aos direitos e garantias estabelecidas nos artigos 8 e 25 da convenção e sua interpretação conjunta aos artigos 1.1 e 2 do mesmo diploma, foram objeto da demanda, igualmente, as violações à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à personalidade jurídica, à liberdade de expressão. Assim, a Corte enfatizou que de um mesmo fato produz-se múltiplas violações. Em que pese o Brasil tenha, ao longo de suas manifestações, mostrado medidas concretas sobre a reparação de danos às vítimas (por meio da Comissão Especial de mortos e desaparecidos políticos instituída pela Lei nº 9140/95), estas reparações compõe uma parte das medidas de reconciliação. A violação ao acesso a informação e as obrigações estatais para impedir novas violações não foram concretizadas.

Outro aspecto característico desta demanda é o fato criminoso imputado aos agentes estatais. Como a causa versa sobre o desaparecimento forçado de indivíduos opositores do regime, o presente caso abordou um fato criminoso que, à época do processo perante a Corte, não era tipificado no Brasil, enquanto que, internacionalmente, os elementos para a definição do conceito já eram identificados desde a década de 80. Ressalte-se que o crime de desaparecimento forçado engloba elementos adicionais à privação da liberdade.

Além da privação da liberdade, o desaparecimento forçado se configura como a participação ou aquiescência dos agentes estatais e a recusa em reconhecer a detenção. Estes elementos definidores do desaparecimento forçado foram reconhecidos por

---

<sup>269</sup>Conforme consta no parágrafo nº42 sentença de mérito do presente caso esta ação tramitava por mais de 19 anos sem uma decisão de mérito.

diversos tribunais internacionais.<sup>270</sup> Neste caso, o Tribunal reconheceu o desaparecimento forçado de 62 pessoas.

Após de identificar o desaparecimento forçado como uma grave violação de *Ius cogens* que deve ser reprimida, a Corte determinou que o Estado possui o dever de investigar criminalmente essas violações. No presente caso, bem como nos antecedentes citados, o Tribunal cuidou de analisar a legitimidade da lei de anistia promulgada em 1979, Lei nº 6.683, a qual anistiou os agentes estatais envolvidos, não só no caso guerrilha do Araguaia, mas todos os atos praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 até 15 de agosto de 1979.

Além de avaliar estas violações, a Corte reconheceu a violação ao direito de liberdade à informação. O significado deste direito foi ampliado, ele foi compreendido como direito de fazer receber, buscar e circular ideias, não necessariamente próprias, mas de interesse coletivo. Igualmente ao direito à verdade, o direito à livre expressão também se manifesta pelo direito de acesso à informação.

Em razão da verificação das violações acima referidas, o Estado brasileiro foi considerado responsável. A partir da análise dos pontos resolutivos da sentença, nota-se que a Corte estabelece a responsabilidade e identifica a lei de anistia como o principal óbice para a reparação a ser realizada pelo Estado, em razão das diversas violações que a promulgação da lei gerou. A edição da referida lei foi fundamento para a obstrução das investigações criminais e também do acesso à justiça e as garantias judiciais.

Diante disto, a Corte estabeleceu que o Estado deve realizar as publicações da sentença (como forma de reparação), proceder as investigações, julgamentos e possíveis condenações dos agentes responsáveis, realizar pesquisas para a localização e identificação dos desaparecidos e abrir prazo para as famílias de camponeses, não identificados como vítimas, possam fazer prova dessa condição. Além destas medidas, o Brasil deve realizar a tipificação do desaparecimento forçado, promover cursos sobre direitos humanos no âmbito das Forças Armadas, disponibilizar acompanhamento psicológico para as famílias das vítimas e realizar ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional no caso.

---

<sup>270</sup>Dentre os tribunais citados está a Corte Europeia de Direitos Humanos e algumas cortes supremas nacionais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca ainda o posicionamento de diversas instâncias da Organização das Nações Unidas neste sentido. Parágrafo nº104 da Sentença de mérito do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil de agosto de 2008.

A condenação ocorreu em 2010 com votação unânime. O próprio juiz *ad hoc* nomeado pelo Brasil, Roberto de Figueiredo Caldas, votou favoravelmente a condenação brasileira.

### 3.2.3.1 A experiência brasileira com a Lei de Anistia nº 6.683/79

Foi ao final do governo Geisel que se iniciou a reabertura política e a transmissão do poder para o governo civil. Em 1979, houve a promulgação da Lei de anistia<sup>271</sup> (durante o governo do Presidente João Batista Figueiredo), Lei nº 6.683/79, a qual previa em seu artigo 1º a anistia para os crimes políticos e conexos. A referida lei é considerada historicamente como uma anistia negociada entre os atores em oposição no regime anterior. Entretanto, diversos autores caracterizam a lei brasileira como autoanistia<sup>272</sup> ou ainda como uma transição controlada.<sup>273</sup>

Após a promulgação da Lei nº 6.683/79, houve as primeiras eleições diretas para governador de estado, para composição do Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas Estaduais. Contudo, mesmo diante do sufrágio (direito de manifestação, ato representativo de um Estado democrático), o governo estabeleceu normas as quais permitiam o domínio sobre a votação. Dentre elas, é possível citar o voto vinculado (o voto só seria válido se todos os candidatos escolhidos fossem do mesmo partido), a proibição de coligação entre os partidos políticos e a limitação do tempo de propaganda eleitoral.

O primeiro presidente civil foi eleito indiretamente em 1985. Embora o Senador José Sarney tivesse se candidatado como vice na chapa de Tancredo Neves, ele assumiu em virtude do falecimento do presidente então eleito. O anseio social por eleições diretas para o cargo de chefe do Poder Executivo não se concretizou naquele momento.

<sup>271</sup> A Lei de anistia brasileira é fruto do projeto de lei de iniciativa do poder executivo. Em que pese haja a construção histórica da anistia negociada muitos setores da sociedade civil se posicionaram criticando o projeto apresentado exatamente por não refletir o clamor social pela anistia, mas sim, por representar o interesse do governo. Assim se manifestou a OAB: “(...) 3. O exame global do projeto desvela de imediato o seu pecado substancial: é sua frontal incompatibilidade com um dado elementar do próprio conceito de anistia, ou seja, o seu caráter objetivo. Em outras palavras: O que o governo está propondo, com o nome de anistia, tem antes o espírito de um indulto coletivo que o de uma verdadeira anistia. Esta distorção básica está subjacente aos pontos mais criticáveis do projeto: (...)” CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO MISTA SOBRE ANISTIA. *Anistia*. Vol. II. Brasília, 1982, p.431.

<sup>272</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Crimes sem Castigo. Folha de São Paulo. São Paulo 19 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1909200808.htm>>. Acesso em: 30 ago de 2014.

<sup>273</sup> ABRÃO, Paulo. *A lei de Anistia no Brasil: As alternativas para a Verdade e a Justiça*. Acervo Revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro, v. 24, no 1, p. 119-138, jan/jun 2011. p.122. Disponível em: <<http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/466/391>> Acesso em: 30 ago. 2014.

No mesmo ano, foi promulgada a emenda constitucional nº26 reafirmando e elevando ao status constitucional a anistia concedida em sede de lei ordinária e convocando a Assembleia Nacional Constituinte.<sup>274</sup> Nota-se que para, a formulação da nova Constituição, formou-se uma assembleia unicameral com os membros do Congresso que haviam sido eleitos em 1982<sup>275</sup>.

Ou seja, não houve um grupo especialmente legitimado para exercer o poder constituinte, visto que os congressistas acumulavam sua atuação política ordinária com os trabalhos de elaboração do novo texto constitucional. A chamada Constituição Cidadã foi promulgada em 05 de outubro de 1988.<sup>276</sup>

Diante disto, nota-se que a redemocratização nacional ocorreu dando-se ênfase ao porvir, ou seja, se lançando para as futuras transformações que adviriam do novo texto constitucional. Neste sentido, o texto elaborado em 1988, logo em seus primeiros artigos, abarca os direitos fundamentais e enumera um extenso rol não exaustivo de direitos e garantias individuais<sup>277</sup>.

A transição brasileira, em certa medida, não cuidou dos fatos passados, houve um comprometimento com o futuro, na medida em que a nova Constituição se projeta para restabelecer o Estado democrático. Por outro lado, não houve um planejamento para a realização da transição<sup>278</sup>. Sendo assim, foi estabelecido um regime democrático sobreposto às estruturas autoritárias remanescentes.

---

<sup>274</sup>Assim dispunha a emenda: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. (...)”

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.(...)”

<sup>275</sup>Ressalta-se que nas eleições de 1982 havia ocorrido somente a renovação de 1/3 dos membros do Senado. Ou seja, ainda existiam na composição da Casa, os chamados senadores biônicos, eleitos indiretamente pela emenda nº8, de 1977 que compunha o denominado “Pacote de abril”.

<sup>276</sup>SARMENTO, Daniel. Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p.79-84.

<sup>277</sup>Não exaustivo em razão do parágrafo 2º enfatizar que não serão excluídos outros provenientes do regime, dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais.

<sup>278</sup>Somente em 1995, com a promulgação da Lei nº 9.140/95, o Estado brasileiro reconheceu a morte dos desaparecidos no período entre 1961 e 1979, posteriormente esta lei foi alterada para ampliar o prazo



Em uma transição conduzida pelos agentes que governavam o Estado brasileiro, era importante uma reabertura de forma a não promover profundas rupturas com a organização institucional anterior<sup>279</sup>. Por isso, aqueles que são contrários à concessão de anistia<sup>280</sup> enfatizam que não houve uma negociação, mas sim, uma garantia de não punição.

Historicamente, Roberto Ribeiro Martins<sup>281</sup> alega que as anistias são tradicionalmente usadas no Brasil e foram majoritariamente anistias amplas.

Em 2008, a Ordem dos advogados do Brasil (OAB) ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) autuada no STF com o nº153, cujo objeto era questionar a aplicação da anistia aos agentes públicos que comandaram e praticaram os crimes de tortura, desaparecimentos forçados<sup>282</sup>, sequestros, estupros e homicídios. Ou seja, a ação apresentou a existência de controvérsia no tocante à definição de crimes políticos e conexos e os denominados crimes por motivação política, a qual obsta a efetivação da transição nacional.

Nesse sentido, o pedido da ADPF nº153 visa uma interpretação conforme a Constituição do parágrafo 1º, do art. 1º da Lei nº 6.683/79, ao argumento de que a Lei de Anistia não definiu de forma clara e precisa (como exige o princípio da legalidade) quais crimes estariam anistiados. Ademais, à luz da interpretação dada por juízes no período da redemocratização, crimes violentos como homicídio, tortura, estupro, dentre

---

máximo até 1988. Além disso, a Lei prevê a criação de uma comissão para investigação dos fatos ocorridos neste período e indenização dos familiares das vítimas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19140.htm)>. Acesso em: 1º set 2014.

<sup>279</sup> Como exemplo de permanência do período autoritário é possível destacar a manutenção, após a redemocratização, de ministros do STF indicados pelos agentes da ditadura.

<sup>280</sup> É possível verificar que o Brasil, inicialmente, não trabalhou com o legado de violência praticado nos anos de chumbo. Acreditou-se que a responsabilização e identificação de vítimas não poderiam fazer parte desta opção política. SWENSSON J., Lauro Joppert. (RE)Pensar o passado breves reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.7, jul/set. 2008.

<sup>281</sup> MARTINS, Roberto R. Op. Cit. p. 13.

<sup>282</sup> O crime de desaparecimento forçado ainda não havia sido tipificado internamente, atualmente existe projeto de lei nº6240/13 de origem do Senado e em trâmite na Câmara dos Deputados aguardando votação no plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982>> acesso em 10 set. 2014. Em razão disto o Ministério Público Federal tem adequado a conduta criminosa ao tipo do sequestro qualificado previsto no art.148, §1º, III, do CP. Grupo de Trabalho Justiça de Transição Atividades de Persecução Penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011/2013, Brasília: MPF/2ªCCR, 2014.

outros teriam sido anistiados em clara violação à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado democrático.<sup>283</sup>

A petição inicial da referida ADPF, elaborada pelos advogados Fabio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro, enfatiza que a Lei de anistia não resulta de um acordo social pela redemocratização. Ao revés, teria sido resultado do objetivo das forças estatais para evitar responsabilização penal futura. Sob esta ótica a manutenção da interpretação vigente estaria em grave afronta ao princípio fundamental da República<sup>284</sup>, além de fragilizar outros preceitos fundamentais.<sup>285</sup>

Entretanto, em que pese a fundamentação da ADPF, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ação, considerou improcedente tais alegações, sob o argumento de que a Lei de anistia é uma lei-medida, que disciplina interesses e possui efeitos imediatos e concretos. Desta feita, não caberia à Suprema Corte estabelecer uma nova interpretação distanciada do momento político no qual a Lei foi promulgada. O acórdão destaca ainda que: a Lei de anistia estabeleceu uma conexão *sui generis* entre os crimes políticos e os a eles relacionados ou motivados politicamente. O Ministro Relator enfatizou que a referida Lei é um ato estatal concreto e de efeitos imediatos e por isso não é possível reinterpretá-la atualmente, em um momento histórico e cultural diverso.<sup>286</sup>

O Supremo Tribunal, em suas palavras, não teria essa competência para estabelecer uma nova interpretação desta lei. Assim por maioria de sete votos contra a ADPF, esta foi considerada improcedente nos termos do voto do Ministro relator Eros Grau. Não obstante, foram opostos embargos de declaração<sup>287</sup> desta decisão, ainda pendente de julgamento.

---

<sup>283</sup>Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153 impetrada pela OAB em 2008. Disponível em: [http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf). Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>284</sup>Art. 1º, parágrafo único, da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>285</sup>A petição faz expressa menção ao direito à verdade e isonomia no direito à segurança.

<sup>286</sup>O ministro reforçou seu entendimento destacando que a reinterpretção da Lei de anistia deveria ser feita pelo próprio Congresso: “(...) 8.Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.(...)” Trecho da ementa do julgamento do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28153%2ENU ME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lt4uglh>> Acesso em: 14 set. 2014. Algumas iniciativas legislativas neste sentido já ocorreram, como exemplo pode-se citar o projeto de lei do Senado de nº237/2013.

<sup>287</sup>Trata-se de meio para impugnar a decisão proferida visando sanar obscuridade, contradição ou omissão do julgado.

Importa destacar que o acórdão do Supremo é anterior à sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*<sup>288</sup> e tampouco havia sido criada a Comissão Nacional da Verdade,<sup>289</sup> ou seja, o contexto social era diverso. Atualmente, não é possível ignorar a maior exposição do tema, devido às investigações promovidas pela comissão<sup>290</sup> e pela existência da Sentença condenatória da CIDH.

Neste sentido, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou nova ADPF, autuada sob o número 320, na qual também se pretende uma reinterpretação da Lei de anistia à luz da Constituição, mas tendo como parâmetro o Pacto de São José da Costa Rica. A ação destaca, ainda, a ausência de enfrentamento anterior do STF no tocante à existência de crimes permanentes<sup>291</sup> e continuados. Além deste questionamento, o Supremo Tribunal Federal deverá se manifestar sobre a execução integral da sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).<sup>292</sup>

Em seu parecer, o Procurador Geral da República manifestou-se parcialmente favorável ao provimento da ação. Destacou que o Estado Brasileiro tem obrigação de executar o conteúdo da sentença proveniente da Corte na medida em que se submeteu a sua jurisdição.<sup>293</sup> A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana foram atos voluntários do Brasil no exercício de sua soberania.

Em razão da obrigação internacional assumida pelo Brasil perante a Corte Interamericana o Ministério Público prosseguiu com as iniciativas de investigar os atos

---

<sup>288</sup>A ADPF nº153 foi julgada em abril de 2010, enquanto a sentença da Corte foi proferida em novembro de 2010.

<sup>289</sup>A Comissão Nacional da Verdade somente foi criada pela Lei nº12.528/11.

<sup>290</sup>A Comissão Nacional da Verdade concluiu seu trabalho e apresentou seu relatório final em 10 de dezembro de 2014 em cerimônia especial realizada em Brasília com a presença da presidente Dilma Rousseff. Dentre as recomendações está a persecução penal dos agentes estatais identificados. Houve a separação dos agentes públicos e civis em três categorias de responsabilização: político-institucional, pela gestão de estruturas e condução de procedimentos e pela autoria direta de condutas. O relatório completo pode ser acessado na página eletrônica da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=571](http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571)> Último acesso em: 15 maio 2015.

<sup>291</sup> A consumação do crime permanente ocorre no momento em que se configuram todos os requisitos do tipo penal e se prolonga até que a conduta cesse. DELMANTO, Roberto. *et al.* Código Penal Comentado. 8ª Ed. São Paulo: 2010. P. 111. Como exemplo: o crime de sequestro (art.148, do CP) e de ocultação de cadáver (art.211, do CP).

<sup>292</sup>A ADPF 320 ainda aguarda julgamento perante o STF e está sob relatoria do Ministro Luiz Fux que determinou o apensamento da ADPF 153, na qual ainda estão pendentes de julgamento os embargos de declaração.

<sup>293</sup>Inteiro teor do parecer disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 set. 2014.

violadores de direitos praticados durante a ditadura<sup>294</sup>. Por meio do grupo de trabalho “Justiça de Transição”, têm sido ajuizadas ações objetivando a responsabilização penal.<sup>295</sup>

A doutrina, em parte, também, questiona a interpretação a respeito da anistia consolidada nos tribunais no período autoritário. Dentre os argumentos sustentados, inicialmente, fala-se da própria amplitude atribuída ao conceito de conexão apresentado pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79.

Para esses autores, o conceito de conexão<sup>296</sup> preceituado no ordenamento jurídico brasileiro não condiz com a interpretação conferida no período. Ou seja, são vagas e imprecisas as terminologias utilizadas na Lei de anistia, que estabelece um conceito de conexão criminal referindo-se tão somente aos crimes de qualquer natureza a eles relacionados ou crimes praticados por motivação política.

Interessante posição é a de Gilson Dipp,<sup>297</sup> ao alegar que a anistia foi abrandada pela superveniência da emenda constitucional nº26/85, a qual subtraiu de seu texto a expressão “crimes de qualquer natureza”. Assim sendo, somente diante de situações que são passíveis de verificação de conexão criminal poderia se pensar na concessão de anistia.

Outro questionamento, referente aos crimes ocorridos no período autoritário, enfatiza a natureza de crime internacional para as violações ocorridas. Atualmente, está positivado no Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002) o conceito de crime contra a humanidade, em seu artigo 7º, caracterizado por determinadas condutas praticadas em um contexto sistemático ou generalizado.

Ou seja, sob a vertente internacional, a Lei de Anistia brasileira não poderia abranger tais crimes. Isto porque estes são considerados violações de normas de *ius*

---

<sup>294</sup>A segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal adotou entendimento esposado por André de Carvalho Ramos, já exposto anteriormente, a respeito do duplo controle. Ou seja, a validade da norma não se sustenta porque a Corte Interamericana considerou que essa é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>295</sup>Como exemplo é possível destacar a ação ajuizada pelo MPF para julgamento dos agentes responsáveis pela tortura, morte e ocultação de cadáver do deputado Rubens Paiva morto nas dependências do DOI/RJ. A ação nº0023005-91.2014.4.02.5101 que foi recebida pelo Juiz da 4ª Vara Federal foi suspensa por meio de uma liminar em HC no TRF, posteriormente desprovido no mérito. Assim o advogado dos militares ajuizou medida cautelar na reclamação nº18686 no STF. A defesa argumentou que houve desrespeito à decisão proferida, no âmbito da ADPF nº153 de 2008 e o Min. Teori Zavascki concedeu liminar. Decisão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-suspende-acao-acusados-morte-rubens.pdf>> Acesso em: 22 out. 2014.

<sup>296</sup>O conceito de conexão criminal está expresso no Código de Processo Penal em seu art. 76.

<sup>297</sup>Trecho da entrevista concedida pelo e então ministro Gilson Dipp. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/sala\\_de\\_noticias/noticias/Destaques/Gilson-Dipp-considera-que-crimes-da-ditadura-podem-ser-julgados-sem-restri%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Gilson-Dipp-considera-que-crimes-da-ditadura-podem-ser-julgados-sem-restri%C3%A7%C3%B5es)> Acesso em: 23 out 2014.

*cogens* que por serem regras imperativas do direito internacional (direito cogente) são imprescritíveis<sup>298</sup>.

### 3.3 Parâmetros jurídicos para a aplicação do instituto da anistia

A partir da análise da jurisprudência apresentada acima, observa-se a consolidação do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo após a alteração na composição da mesma<sup>299</sup>. Nota-se das três sentenças condenatórias que, diante de violações aos direitos humanos e, no tocante ao presente trabalho, em contextos de transição de ditaduras para governos democráticos, a Corte determina um grupo de ações a serem realizadas, para que ultime a reconciliação e a restauração de direitos e garantias violados.

Os casos ora apresentados fazem referência às violações de direitos humanos praticadas no contexto histórico das ditaduras militares latino-americanas. Ou seja, os atos governamentais revestiam-se de aspectos autoritários com objetivos de controle e repressão. As juntas militares estabeleciam aparatos institucionais específicos. No Brasil, por exemplo, existia o subsistema Dops-Doi/Codi,<sup>300</sup> estruturas como essas demonstram que a perseguição política era sistemática e generalizada contra os setores considerados perigosos (como, por exemplo, as organizações estudantis, as organizações sindicais e os opositores políticos).

A partir da comprovação, por meio das provas produzidas nos processos, da atuação dessas instituições, a Corte pode identificar que as violações aos direitos humanos integravam uma ação estatal e não ações isoladas e descoordenadas de alguns agentes estatais. Esta é a primeira premissa a ser analisada pela Corte ao julgar a responsabilidade estatal sobre a concessão de anistia nos crimes praticados durante a ditadura.

---

<sup>298</sup>Consoante o disposto no artigo 29 do Estatuto de Roma (decreto nº4388/02), os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem.

<sup>299</sup>As referidas sentenças foram proferidas respectivamente em 2001, 2006 e 2008.

<sup>300</sup>O DOI/CODI (Destacamento de Operações e informações – Centro de Operações de defesas internas) foi uma instituição criada para agilizar e viabilizar a atuação expandida do aparelho repressor estatal. Esta instituição foi um desdobramento da Operação bandeirante que tinha por objetivo unificar o aparato repressor e criar mecanismos para conter as guerrilhas urbanas. O DOI era um departamento responsável por realizar as ações planejadas pelo CODI. O DOPS por sua vez era o órgão responsável por atribuir uma aparente legalidade às detenções e interrogatórios processados no DOI/CODI. No Departamento de Ordem e Política social estas prisões, elas eram oficialmente comunicadas e com base nas informações adquiridas no DOI era realizado um novo interrogatório. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-anatomia-do-doi-codi-1068.html>>. Acesso em: 11 maio 2015.

Ou seja, a Corte estabelece a responsabilidade estatal por determinar a prática criminosa ou, ao menos, tolerar que esta prática ocorra. Nos casos apresentados, foram reconhecidos que as execuções sumárias, bem como o desaparecimento forçado se caracterizavam como crimes internacionais. Esta categoria de crime, como será verificada adiante, implica conseqüências distintas em sua persecução e prevenção.

Ultrapassada esta análise, a Corte se preocupa em verificar quais foram as medidas adotadas pelo Estado. Para se realizar esta verificação, devem ser consideradas diversas formas de reparação. Principalmente, a Corte destaca medidas reparatorias que visam restabelecer o *status quo*, ou seja, embora não seja possível restabelecer a situação anterior nos casos apresentados, deve-se efetivar a compensação que mais se aproxime da situação anterior.

Portanto, quando se identifica a ocorrência de atos violadores dos direitos humanos, cuja responsabilidade recaia sobre o Estado, surge a responsabilidade de reparação. Por tal razão, a promulgação de leis de anistia pode representar um óbice a esta obrigação de reparar e, além disso, inviabiliza o dever estatal, amplamente reconhecido internacionalmente e reiterado pela Corte, de investigar, julgar e após o devido processo legal, eventualmente, condenar os considerados responsáveis.

Diante deste dever de investigar e julgar as graves violações de direitos humanos, a Corte faz uma análise a respeito da compatibilidade das leis de anistia com a Convenção Interamericana. Nos casos apresentados e em outros analisados pela Corte, as leis de anistias editadas ao final dos processos autoritários foram consideradas incompatíveis com o disposto na Convenção Americana. A Corte examinou os fatos comprovados e também os próprios dispositivos legais estabelecidos pelas leis. Assim, resta claro que a Corte se opõe a uma determinada categoria de anistia denominada autoanistia.

Isto é, a Corte diferencia o instituto da anistia e da autoanistia e considera que este último não concretiza os objetivos do mecanismo de clemência no âmbito da justiça de transição, como também permite a impunidade dos agentes estatais. Por tais razões, as leis de autoanistia, nas palavras de Antonio Augusto Cançado Trindade, não devem ser consideradas leis. Par Engstrom<sup>301</sup> destaca um efeito negativo duplo, ocasionado pela falta de punição:

Por um lado, para as sociedades, a impunidade “promove a repetição crônica das violações dos direitos humanos”. Por outro lado, para as vítimas e seus

---

<sup>301</sup>ENGSTROM, Par.Op. Cit., p. 120.

familiares, a impunidade estimula “a desproteção total das vítimas e seus familiares, que têm o direito de saber a verdade sobre os fatos.”

Assim, além de objetivar impedir a impunidade, a Corte reconhece a existência do direito à verdade e julga se a anistia o inviabilizou, em razão da omissão de informações para a sociedade e para as vítimas e suas famílias. Somente ao final destas análises, o Tribunal verifica a lei que concedeu a anistia e examina se esta pode ser considerada como uma autoanistia (que é considerada ilegal no direito internacional).

Nos casos ora apresentados, todas as leis de anistia foram consideradas incompatíveis com a Convenção Interamericana. Isto porque as referidas leis<sup>302</sup> inviabilizaram o acesso à justiça e à verdade, obstaculizaram obrigações estatais de adequação do ordenamento jurídico interno à Convenção e de promover a proteção dos direitos humanos.

Desta forma, ao estabelecer as categorias dos crimes praticados pelos agentes estatais, a distinção entre anistias e autoanistias, a responsabilidade do Estado pelas violações e o direito à reparação e à verdade por meio do acesso às informações.

Nota-se que a Corte se preocupa em estabelecer se a anistia concedida abarcou indivíduos que não atuavam no governo. Isto é a anistia para ser válida deve ser concedida para alcançar a reconciliação nacional e a paz duradoura. Por isso, as leis acima avaliadas não são consideradas legítimas. Elas carecem de amplo debate social sobre sua promulgação e prioritariamente alcançam delitos praticados pelos próprios agentes estatais.

Além destas falhas a respeito da iniciativa de criação e da forma de elaboração das leis, outro aspecto extremamente relevante é a extensão do objeto da anistia. Conforme demonstrado reiteradamente nos casos apresentados houve a concessão desta medida de clemência para graves violações de direitos humanos.

A premissa estabelecida nas sentenças da Corte diz respeito à vedação da anistia crimes contra a humanidade. Desta forma, diante dos casos concretos e a partir da doutrina e da jurisprudência internacional a Corte pode verificar a caracterização deste crime internacional.

Portanto, a anistia para ser considerada válida perante a Corte deve ser precedida de um amplo debate público que alcance as vítimas, seus familiares e toda a sociedade civil. Além disso, não pode obstaculizar o acesso à verdade e à justiça e tampouco pode

---

<sup>302</sup>Lei nº 26.479/95 (alterada pela lei nº 26.492), no Peru, Decreto - lei nº 2191/78 no Chile e Lei nº 6.683/1979, no Brasil

gerar impunidade. Assim, a anistia como mecanismo da justiça de transição deve ter sua aplicação restrita sob o risco desta medida gerar violações reiteradas aos direitos humanos.



## 4 CONTORNOS E DELIMITAÇÕES DO INSTITUTO DA ANISTIA COMO MECANISMO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

### 4.1 Críticas ao instituto da anistia como mecanismo da justiça de transição.

A anistia é um instituto jurídico intimamente relacionado com o aspecto político pensado para transpor situações problema as quais fragilizam o Estado e comprometem a continuidade da democracia. Em razão de objetivar a reconciliação e a negociação entre os atores divergentes ela prescinde de investigações e julgamentos de fatos passados. Nesta perspectiva o instituto está em conformidade com as proposições dos Estados democráticos de garantia e proteção de direitos fundamentais.

No entanto, a história mundial, em particular a latino-americana evidencia situações nas quais a aplicação do instituto se distanciou de seus objetivos precípuos<sup>303</sup>. Este distanciamento gerou dificuldades para a superação dos fatos então anistiados e desconfiança nas instituições policiais e judiciárias entre as vítimas e a sociedade de forma geral.

As principais críticas realizadas à aplicação das anistias como mecanismo da justiça de transição centram-se na sua forma de promulgação, o seu objeto e as pessoas a serem alcançadas pelo instituto. Isto porque para que este se materialize em ato do executivo, lei ou acordos de paz e para que possa produzir os efeitos desejados a clemência deve ser considerada válida.

A validade da lei que é o instrumento mais comum para a concessão deste instituto deve comportar aspectos formais, sociais e axiológicos<sup>304</sup>. No tocante à validade formal deve-se observar as regras de procedimento, competência em relação à matéria e iniciativa das leis. Especialmente em relação à lei de anistia observa-se que a falta de validade formal é ínsita a falta do amplo debate parlamentar sobre os dispositivos da lei. Como visto nos casos levados à Corte Interamericana as leis de anistia peruanas e chilena não possuíam a legitimidade democrática resultante do amplo

---

<sup>303</sup>Embora na prática as concessões de anistia tenham motivações e objetivos diversos e que se inter-relacionam, tais como: aliviar a pressão interna ou internacional, permitir o desenvolvimento econômico, proteger os agentes estatais, desmobilizar os opositores, estimular o cessar fogo, entre outras. MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and political Transitions: Bridging the peace and Justice divide*. Hart Publishing, 2008.p. 37. No presente trabalho compreende-se que o objetivo precípuo da anistia é promover a reconciliação nacional e a paz duradoura após a transição. Abrangidos por este objetivo estão alguns outros como o cessar-fogo, a desmobilização de tropas e agentes do conflito, por exemplo.

<sup>304</sup>REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 105 e ss.

debate do projeto de lei pelos membros do parlamento. No caso brasileiro ainda que tenha havido uma ampla mobilização social para que a anistia ocorresse a forma do projeto de lei não refletiu as pretensões sociais almejadas.<sup>305</sup>

Não há em princípio, óbice à elaboração de projeto de lei pelo poder executivo (desde que não seja prevista como matéria de competência exclusiva do legislativo) ou pela parte que no conflito possua superioridade de armas desde que haja uma previsão desta competência. Além da análise da iniciativa do projeto o tramite deste deve respeitar as leis as quais o disciplinam. Ainda que o contexto de elaboração de anistias ocorra em situações em que as instituições estatais não estejam bem estruturadas ou possam ser consideradas confiáveis é indispensável que ocorra um debate a respeito da concessão da anistia. Isto porque este instituto deve ser oriundo de uma decisão coletiva.

No tocante ao aspecto formal há dificuldades em se verificar se o procedimento realizado para a edição destas leis refletiu os parâmetros estabelecidos de forma mais democrática. As circunstâncias para esta ampliação do debate, em certa medida, serão reflexos da forma como a transição em si ocorreu. Em relação ao conteúdo as leis de anistia são ainda mais controversas posto que para serem válidas devam ser analisadas à luz de uma norma parâmetro. Esta validade é compreendida como a sua conformidade ou adequação de seu conteúdo com as demais normas do ordenamento e especialmente com a norma superior hierarquicamente, da qual aquela erige seu fundamento. Ou seja, é necessário que haja convergência e coerência interna entre as normas para que exista essa validade.

Assim considerando as leis de anistia no contexto da justiça de transição é importante perceber que há uma ruptura entre as ordens institucionais. Ou seja, toda a estrutura estatal passará por uma modificação isto poderá incluir o ordenamento jurídico e a própria Constituição do país.<sup>306</sup> Por tal razão a primeira indagação a ser realizada trata exatamente de qual deve ser a norma parâmetro para a avaliação da validade da lei

---

<sup>305</sup>Nilo Batista contra argumenta tal afirmação considerando que teria havido uma negociação entre os setores em oposição no período ditatorial para a concessão de anistia. BATISTA, Nilo. Nota introdutória In: *Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

<sup>306</sup>No Brasil, por exemplo, Raymundo Faoro defendeu amplamente a necessidade de elaboração de uma nova constituição após o fim da ditadura militar de 1964. O autor argumenta que a legitimidade para a criação da Constituição está no poder constituinte, por isso apenas revogar os atos institucionais e reformar a Constituição, então em vigor, não seria capaz de sanar o vício original da ausência de legitimidade. FAORO, Raymundo. A legitimidade recuperada: A Assembléia Constituinte. In: \_\_\_\_\_. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007. P. 248

de anistia então estabelecida. Por razões de segurança jurídica inclina-se a concluir que o mais adequado é fixar como parâmetro de validade a constituição vigente no momento da edição da lei de anistia.

Entretanto, outro entendimento é possível se a premissa estabelecida for da falta de legitimidade de todo o ordenamento jurídico anterior (por ter sido outorgado pelo governo em um momento autoritário ou imposto por um Estado dominante) incluindo a constituição existente no momento da edição da lei de anistia. Neste caso, argumenta-se que a ordem jurídica anterior não poderia ser o parâmetro na medida em que não é considerada como expressão do Direito e por isso seria nula em sua origem.

O direito internacional apresenta um referencial diverso para a análise de validade material das normas de anistia. Em razão da internacionalização do Direito<sup>307</sup>, das inter-relações entre os Estados e a criação de diversos órgãos internacionais alguns atos considerados como matérias de seu domínio exclusivo passaram a ser mais amplamente debatidas na comunidade internacional. Ademais, na medida em que os países ratificam tratados e reconhecem a jurisdição de cortes internacionais o Estado como um todo tem o dever de observar as disposições internacionais.

Logo não só o poder executivo e o legislativo estão submetidos a tais normas, o poder judiciário também deve observá-las. Desta forma, quando não há o exame prévio de validade realizado pelos poderes legislativo e executivo cabe ao judiciário realizar o exame repressivo da norma e para isso deve considerar os documentos internacionais internalizados. A partir do entendimento de que os tratados (protocolos, Convenções, acordos, entre outros instrumentos) integram a ordem jurídica de um determinado Estado os juízes devem considerá-los para decidir.

É a partir do reconhecimento destas espécies normativas internacionais que se defende que as normas devem ser compatíveis com elas. Esta é a ideia do controle de convencionalidade, verificar a validade da norma considerando como paradigma um documento internacional. Especialmente em relação aos direitos humanos desenvolveu-se a teoria do duplo estatuto, ou duplo controle (como já mencionado anteriormente) que consiste na avaliação de validade sob duas perspectivas que se complementam.

Ou seja, como verificado no capítulo anterior as leis de anistia não foram consideradas validas em relação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>307</sup>Após o fim da Segunda Guerra Mundial ressurgiu a intenção de criar uma organização internacional capaz de promover a paz e a integração dos povos. Neste sentido houve a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e a criação da ONU.

Ainda que haja questionamentos sobre a violação da soberania e da autodeterminação dos povos as organizações internacionais, bem como os tribunais internacionais, compreendem que a ratificação, adesão ou aceitação de tratados e acordos internacionais são expressões da Soberania Estatal. Ademais os Estados possuem o dever de proteger. Ou seja, não seria aceitável o próprio Estado se abster de realizar uma obrigação a qual se comprometeu voluntariamente.

A respeito da validade axiológica da lei compreende-se que as normas devem ser formuladas na tentativa de estabelecimento de um direito justo que representaria um dever-ser (um ideal). Isto porque a norma deve refletir valores e finalidades fundamentais de um determinado ordenamento<sup>308</sup>. A validade sob análise sintetiza aspectos valorativos que devem inspirar a elaboração legislativa.

Neste sentido as leis de anistia podem ser questionadas exatamente por não refletirem expectativas da realização de valores essenciais. Entretanto, não é possível pensar na forma de concessão deste benefício de modo totalmente abstrato. Ou seja, a validade axiológica só terá lugar se espelhar e tiver por fundamento os valores precípuos da sociedade para a qual se direciona.

Por fim, a validade social da lei identifica-se com a sua eficácia. Esta vertente de validade diz respeito à adesão social ao disposto na norma. Neste caso a validade se expressa no momento em que a conduta humana se pauta por ela. Ou seja, a eficácia normativa ocorre na medida em que a lei vigente integra o agir da coletividade.<sup>309</sup> Nos casos da anistia a eficácia social se perfaz no momento em que o benefício é aplicado aos beneficiários é aceito por eles e reconhecido pelos tribunais, por exemplo.

Em todas essas vertentes a validade das leis de anistia são questionadas. Nota-se que estas perspectivas devem ser avaliadas em conjunto, a divisão apresentada demonstra como o objeto (lei de anistia) pode ser visto para que seja considerado um instituto legítimo. Assim, destaca-se que a partir da elaboração formal deste poderá se verificar se há validade axiológica e eficácia social. Portanto, adiante serão investigados parâmetros possíveis para que a anistia alcance estes três prismas de validade.

Nos casos de acordos de paz, outro instrumento recorrente para a concessão deste benefício, após a prática de conflitos internos ou internacionais destaca-se que a legitimidade da concessão da anistia pressupõe autonomia para a negociação entre as

---

<sup>308</sup>Miguel Reale identifica a validade axiológica com o fundamento, que no seu entendimento identifica-se com o “valor ou fim objetivado pela regra de direito”. REALE, Miguel. Op. Cit. p. 115.

<sup>309</sup>Ibidem. p. 112.

partes envolvidas. De início, a clemência deve comportar condições especialmente a deposição de armas de ambas as partes em confronto. Em situações de conflito observa-se que para mediar as negociações pode haver a participação de um ente internacional, por exemplo, um terceiro Estado ou órgão internacional. Mesmo nestes casos critica-se a imparcialidade destes entes, que podem ter interesses econômicos e estratégicos em beneficiar uma das partes.

Ultrapassada a questão do exame da validade da anistia em razão de sua forma. Outro aspecto alvo de críticas à aplicação do referido instituto em momentos de transição é a sua abrangência. É possível analisar a amplitude do instituto sob o enfoque subjetivo, bem como objetivo.

O aspecto subjetivo deve ser compreendido como a quem se direciona a anistia, os indivíduos que são abarcados por ela. A principal crítica, nesse sentido, refere-se às denominadas autoanistias, ou seja, a concessão da medida é realizada pelo ente que está no poder e visa atingir especificamente seus agentes.

Embora o instituto da anistia conduza ao esquecimento de fatos, ou seja, não é um instituto voltado para pessoas a restrição ou a ampliação de seus destinatários pode ser verificada com a definição de condições para a concessão da medida ou mesmo em razão dos crimes que estão sendo abrangidos por ela. Ou seja, a exclusão ou inclusão de alguns crimes da anistia pode ser um indicativo do favorecimento dos agentes ou do grupo que esteja no poder.

A medida com tais tendências não objetiva a reconciliação e tampouco a promoção da paz entre as partes conflitantes. As autoanistias são responsáveis pela impunidade dos perpetradores das violações. John Vervaele<sup>310</sup> destaca que as cortes internacionais desenvolveram e reafirmam o dever de investigar, julgar e punir exatamente para impedir a cultura de impunidade e a repetição de tais práticas.<sup>311</sup>Os

---

<sup>310</sup>VERVAELE, John. A.E. ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: Del *ius (non) puniendi* Del Estado-Nación a um deber puniendi imperativo de *ius cogens*? Revista Eletrônica de Direito Penal e política criminal da UFRGS. Vol. 1, nº1, 2013. P. 7. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44238/28722>>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>311</sup>Nilo Batista apresenta uma postura crítica às determinações, especialmente proveniente da doutrina e jurisprudência internacionais a respeito da utilização do direito penal como forma de proteger e prevenir a violação dos direitos humanos. Assim dispõe: “Ocorre que, em sua interdisciplinaridade construtiva com o direito penal, dá-se o encontro problemático de duas crises agudas: a crise de eficácia dos direitos humanos, que no ambiente neoliberal não tardaria a chegar aos chamados direitos de primeira geração, e a crise de legitimidade da pena. Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo ou preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos direitos humanos (...) Outorgada uma função mística, à

tratados e convenções de direitos humanos, de igual modo, dispõem sobre a obrigação dos Estados em garantir os direitos fundamentais acrescido do dever de adequar a legislação interna às disposições convencionais e do dever de promover a respectiva persecução penal. Em razão desta alteração no objetivo (em benefício próprio) da anistia ela é questionada como mecanismo de transição. Esta verificação do desvirtuamento do instituto para a autoanistia é feita no caso concreto. Portanto importa observar a forma pela qual as condições estão sendo aplicadas.

No tocante ao aspecto objetivo das leis de anistia critica-se igualmente a amplitude da medida. Assim para que a anistia pudesse cumprir os objetivos visados pela justiça de transição ela não poderia abarcar quaisquer crimes. Como esposado pelos princípios de Chicago este instituto deveria ser pontual e não extenso. Neste sentido refuta-se a concessão de clemência para os crimes mais graves em especial haveria a vedação deste instituto para os denominados crimes contra a humanidade tais crimes já mencionados anteriormente, representam a criminalização de graves violações de direitos humanos.

Kai ambos<sup>312</sup> critica o objeto da anistia enfatizando que as anistias absolutas não são, em regra, admitidas enquanto as anistias condicionais<sup>313</sup> seriam admitidas. Para o autor o ato de clemência absoluto é aquele caracterizado por obstruir todo o tipo de responsabilização e ofender os direitos das vítimas. Ela pode ser denominada como *amnistía amnésica*.

Nota-se que estas críticas são recorrentes no âmbito do direito internacional. Em diversas situações órgãos internacionais tais como a Comissão de Direitos Humanos da ONU se manifestaram a respeito de limites para a aplicação da anistia. Em 2005, a referida entidade estabeleceu o Conjunto de Princípios Atualizados para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos por meio da Luta contra a Impunidade (E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de Fevereiro de 2005)<sup>314</sup> dentre os princípios elaborados

---

pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios direitos humanos.” BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 13 e 14.

<sup>312</sup>AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. In: AMBOS, Kai et al. *Justicia de transición com informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2009. P.63.

<sup>313</sup>As anistias condicionais seriam aquelas que preveem um tempo delimitado para serem aplicadas bem com determinam condições aos seus beneficiários. Kai ambos assevera que a condição mínima deve ser a deposição de armas. Além disso, as anistias não poderiam ser aplicadas isoladamente, ou seja, outras medidas de responsabilização deveriam ser estabelecidas paralelamente, como por exemplo, as Comissões da Verdade. Ibidem. p. 71.

<sup>314</sup>Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>>. Acesso em: 23 maio 2015.

encontra-se no número 24 as “restrições e outras medidas relativas as anistias” que assim dispõe:

Mesmo quando a intenção de estabelecer condições propícias a um acordo de paz ou para promover a reconciliação nacional, a anistia e outras medidas de clemência devem ser mantidas dentro dos seguintes limites:

a) Os autores de crimes graves de direito internacional não podem se beneficiar destas medidas enquanto o Estado não tiver cumprido as obrigações listadas no princípio 19 ou os autores tenham sido julgados perante um tribunal competente, seja internacional ou nacional ou internacionalizado, fora do Estado em causa.

b) A anistia e outras medidas de clemência não afetam o direito das vítimas a uma indenização prevista nos princípios 31-34, e não prejudicam o direito de saber.

c) Na medida em que pode ser interpretado como uma admissão de culpa, a anistia não deve ser imposta aos indivíduos perseguidos ou condenados por eventos que ocorreram durante o exercício pacífico do direito à liberdade de opinião e de expressão. Quando eles tenham apenas exercido este direito legítimo, garantido pelos artigos 18-20 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e 18, 19, 21 e 22 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. A lei deverá considerar nula em relação a elas qualquer decisão judicial ou de outra forma que lhes interessa; A detenção destas pessoas deve encerrar-se incondicionalmente e sem demora.

d) Qualquer indivíduo condenado por outras infrações que não as referidas na alínea c) deste princípio e que sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação da anistia podem rejeitar a anistia e pedir para ser revisto seu processo caso não tenha havido um julgamento justo com as garantias adequadas, nos termos dos artigos 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os artigos 9, 14 e 15 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ou caso tenha sido condenado com base em um comunicado, que tenha sido verificado, foi resultado de interrogatórios desumanos ou degradantes ou especialmente sob tortura.

Importante destacar que esse conjunto de princípios não tem caráter vinculante para os Estados membros da ONU. Eles representam recomendações para basilar a aplicação de medidas de clemência e, assim, objetivam ampliar a proteção aos direitos humanos e reduzir a impunidade.

A alínea a do princípio nº24 estabelece a limitação já amplamente consolidada nos sistemas regionais de direitos humanos como visto anteriormente nos casos analisados no sistema interamericano. Ou seja, afasta a possibilidade de anistia para autores de crimes graves e destaca ao citar o princípio nº19 a importância da persecução penal para tais crimes.

Na alínea b a ressalva feita diz respeito aos direitos das vítimas e ao direito de saber. Esta preocupação em preservar o direito de saber advém da relação estabelecida entre anistia e o direito à verdade. A primeira aproximação feita entre ambos apresenta

uma aparente contrariedade posto que a anistia é identificada com o esquecimento do fato criminoso o que impediria o direito a verdade e a memória (no princípio é utilizada a palavra - saber).

Entretanto, deve-se compreender que a concessão da clemência ao extinguir a punibilidade dos crimes está se limitando a apagar o fato do âmbito penal. Assim a persecução criminal é inviabilizada, mas outras medidas de acesso à informação e preservação da memória devem ser fomentadas e aplicadas concomitantemente ao instituto. A falta de responsabilização penal, tampouco será óbice a outras formas de reparação por isso o direito à indenização das vítimas também será assegurado.

De igual modo, a alínea c apenas reafirma um aspecto já muito discutido a respeito da concessão da benesse que é a possibilidade da anuência ser considerada admissão de culpa. A anistia como visto alhures pode ocorrer antes (anistia própria) ou após (anistia imprópria) o julgamento criminal. Nos casos de anistia própria não é possível realizar aferição de culpa na medida em que a análise da reprovabilidade do agente só é verificada no escopo do processo.

Já nos casos de anistia imprópria houve uma decisão judicial que verificou que o indivíduo era culpável. Portanto, igualmente não é possível falar em assunção de culpa. Desta forma a anistia deve ser compreendida como escolha do Estado em razão de situações excepcionais com o objetivo de preservar a integridade social.

Importa destacar que os indivíduos perseguidos por seus atos pacíficos em razão da liberdade de expressão, pensamento, reunião e crença não devem receber anistia. Isto porque seus atos em si considerados não devem ser caracterizados como crimes e sim como exercício regular de um direito. Somente em casos de excesso poder-se-ia pensar em alguma prática delituosa. Desta forma a anistia só seria aplicada se houver algum fato criminoso eventualmente derivado do exercício destes direitos.

A alínea d repisa a anistia imprópria destacando que ela não deve ser aceita quando as condenações tenham sido realizadas por procedimentos que desrespeitem o devido processo legal. Como visto para a concessão da anistia não é imprescindível a existência do julgamento. Logo, caso ocorra um julgamento nas condições referidas na alínea d, na verdade, o processo é nulo e por isso o título judicial condenatório também o é. Desta maneira não seria necessário que uma lei específica assim o declarasse e que houvesse pedido de revisão do julgamento, este terá que ser refeito.

A análise deste princípio nº24 demonstra a dificuldade em comunicar para diversos Estados parâmetros para a aplicação da anistia. Isto porque o histórico dos



conflitos e seu desenvolvimento podem suscitar questões mais específicas que demandem uma atuação mais acurada. De forma mais ampla é possível extrair deste princípio o dever de investigar, julgar e punir, assim como a obrigação de reparação às vítimas e o dever de garantir o devido processo legal.

Ou seja, internacionalmente a vedação da concessão de anistia ampla, ou de autoanistias representa a preservação de direitos considerados essenciais em Estados democráticos. Este entendimento se justifica na medida em que o direito penal e sua respectiva sanção são constituídos para preservar os valores e bens considerados essenciais para uma sociedade.

Como exemplo da dificuldade de aplicação destes limites pode-se citar o acordo de paz de Lomé<sup>315</sup>. Neste acordo também havia sido previsto uma anistia e houve uma divergência entre a disposição na qual a benesse fora prevista e a previsão do próprio Estatuto da Corte Especial para Serra Leoa exatamente a respeito da abrangência desta medida. A Câmara de Apelação teve que se manifestar para realizar uma interpretação conciliatória e a representação especial da ONU (no sétimo informe da Secretaria Geral da ONU sobre a missão observadora para Serra Leoa em 1999) anexou uma “declaração interpretativa” delimitando o âmbito de concessão da anistia para excluir os “crimes internacionais de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outros crimes e outras infrações graves de direito internacional humanitário.”<sup>316</sup>

Importante destacar que as previsões permissivas para a utilização da anistia no plano internacional também geram dúvidas quanto a sua possibilidade de aplicação. O Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 que trata da proteção das vítimas de conflitos não internacionais dispõe em seu artigo 6.5 que as autoridades ao fim das hostilidades devem promover a anistia para as pessoas envolvidas nos conflitos, estejam elas internadas ou detidas.<sup>317</sup> As controvérsias na interpretação do dispositivo

---

<sup>315</sup>O Acordo de Paz de Lomé foi um acordo entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa assinado em Togo no dia 7 de julho de 1993. Em seu artigo nono, §3º ficou estabelecida a anistia como: “ (...) The Government of Sierra Leone shall ensure that no official or judicial action is taken against any member of the RUF/SL, ex- SLA or CDF in respect of anything done by them in pursuit of their objectives as members of those organizations (...)” Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

<sup>316</sup>DELLA MORTE, Gabriele. Op. Cit. p.36.

<sup>317</sup>O artigo 6.5 assim dispõe: “Quando da cessação das hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder a mais ampla amnistia às pessoas que tiverem tomado parte no conflito armado ou que tiverem estado privadas de liberdade por motivos relacionados com o conflito armado, quer estejam internadas, quer detidas.” Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>> Acesso em: 24 maio 2015.

são verificadas em razão da recente condenação por parte dos tribunais internacionais referentes às anistias amplas exatamente a modalidade fomentada no referido acordo.

Ou seja, a consolidação da internacionalização dos direitos humanos e a consequente elaboração convencional do sentido de proteção destes direitos têm retirado do âmbito estatal a discricionariedade para a concessão da anistia em relação a determinados crimes. Isto porque no momento em que há uma crescente elaboração jurisprudencial e convencional no sentido de reafirmar a necessidade de proteção dos direitos humanos algumas matérias são subtraídas do âmbito reservado dos Estados.<sup>318</sup>

Em razão disto a tendência internacional é de restringir a concessão de anistia excluindo a previsão deste instituto para os crimes contra a humanidade e para as violações ao direito humanitário. Embora haja esta tendência de estreitar o âmbito de aplicação do instituto não existe um tratado (ou outro documento internacional) que expressamente defina limitações à benesse.

Gabriele Della Morte expõe, por exemplo, que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, embora seja um importante instrumento para a codificação do direito penal internacional não fala especificadamente sobre a limitação para a aplicação da anistia. Nos casos de crimes de competência do tribunal há uma vedação expressa no artigo 29 a respeito da imprescritibilidade dos crimes de competência da Corte o que provoca o entendimento de que a anistia também não poderia ser admitida. Embora os dois institutos se assemelhem por gerarem a extinção da punibilidade dos agentes que praticaram fatos criminosos a prescrição é suscitada pela inatividade estatal, enquanto a anistia é uma opção, uma escolha estatal.

O dever imposto aos Estados de investigar, julgar e punir, como já destacado anteriormente visa impedir a impunidade dos violadores de direitos humanos. A regra

---

<sup>318</sup> Neste sentido a ONU por meio do então secretário geral Koffi Annan desenvolveu a partir da década de 90 a denominada responsabilidade de proteger. Ou seja, ainda que haja no direito internacional o princípio da não intervenção, em algumas situações específicas o dever de proteger da comunidade internacional poderia se sobrepor a tal princípio. Esta construção doutrinária teve raízes no conflito étnico entre tutsis e hutus, que culminou no genocídio dos tutsis, a necessidade de proteger a população local. Além do conflito em Ruanda, outras situações graves ocorreram como o massacre em Kosovo, os conflitos no Timor Leste e em Serra Leoa. Os casos de violações aos direitos humanos são frequentes e nas palavras do ex-Secretário Geral é necessário uma atuação mais efetiva da comunidade internacional: “Just as we have learnt that the world cannot stand aside when gross and systematic violations of human rights are taking place, we have also learnt that, IF it is to enjoy the sustained support of the world’s peoples, intervention must be based on legitimate and universal principles. We need to adapt our international system better to a world with new actors, new responsibilities, and new possibilities for peace and progress.” ANNAN, Koffi. Two concepts of Sovereignty. In: *The Economist*. New York City. 18 September 1999. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/324795>>. Acesso em: 18 maio 2015.

de imprescritibilidade disposta em alguns tratados específicos<sup>319</sup> surge para identificar determinadas violações como as mais graves e por tal motivo deveriam se diferenciar em relação aos delitos comuns.

Por terem um mesmo fundamento a vedação à prescrição e à anistia desenvolveu-se esse entendimento que a estende de uma para outra. Entretanto, essa compreensão deve ser analisada com cuidado. Ainda que o fundamento da vedação dos institutos seja o mesmo, ou seja, impedir a extinção da punibilidade e consequente ausência de persecução penal. A anistia não se caracteriza como uma garantia fundamental do indivíduo frente ao Estado<sup>320</sup> como é o caso da prescrição.

A anistia, conforme exposto anteriormente, se manifesta como um poder estatal de clemência. Ou seja, representa uma escolha estatal para a consecução do processo de reconciliação e pacificação social. Importante destacar que uma das razões político criminais para a existência da prescrição diz respeito ao mesmo objetivo: a pacificação social.

Portanto, a disposição de imprescritibilidade evidencia que algumas situações criminosas, em razão de sua excepcional gravidade, não podem ser esquecidas. É neste sentido que a doutrina internacional aproxima as duas proibições, tanto da previsão da prescrição quanto da aplicação da anistia.

Entretanto isto é um equívoco visto que a anistia nas transições comporta o objetivo de promover o mais célere possível a paz enquanto a prescrição representa uma desídia estatal, que não atuou quando poderia e devia para perquirir o fato criminoso. Ademais, a anistia em si não é rechaçada, mas sim, a forma e as condições nela estabelecidas.

No transcurso de regimes ditatoriais e outras situações de conflitos armados ou guerras são praticados crimes os quais a barbaridade utilizada e as consequências para a população transcendem, ou seja, não atinge só as vítimas diretas, mas também, outras populações e a comunidade internacional. Devido a esta gravidade estes crimes não são passíveis de serem esquecidos. Por isso a anistia não alcançaria o seu objetivo de reconciliar as partes em conflito porque para uma destas partes (consideradas vítimas

---

<sup>319</sup> Tais como a Convenção da ONU sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a humanidade de 1968 e a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados de Pessoas de 1994. DELLA MORTE, Gabriele. Op. Cit. p. 36

<sup>320</sup> O instituto da prescrição surge para limitar o exercício do poder punitivo estatal. Ou seja, ela coaduna com o princípio da segurança jurídica. Os indivíduos mesmo tendo violado o direito não poderão ser julgados ou executados a qualquer tempo, o Estado deve agir dentro de um prazo que pode ser maior ou menor de acordo com a natureza da conduta criminosa. GUEIROS, Artur Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. Op. Cit. p. 557 e ss.

dos crimes contra a humanidade) não haveria a superação do passado. Ainda que seja verificada a prática destes crimes por ambas as partes em conflito há uma narração histórica que atribui os papéis de vítimas e algozes.

Assim, a ampliação da interpretação dos dispositivos que vedam a prescrição para impedir igualmente a concessão da anistia tem um aspecto protetivo para a vítima. Entretanto, seguindo a leitura da legalidade estrita há afronta ao direito do acusado na medida em que se caracteriza a analogia *in malam partem* que é vedada no direito penal. Gabriele Della Morte<sup>321</sup> afirma que o mais adequado no plano internacional seria a positivação nos acordos e tratados (ou mesmo numa norma costumeira) se a anistia é admitida ou não e, no caso positivo, de identificar quais seriam as condições para sua concessão. Estas disposições deveriam ter uma aceitação universal de natureza cogente.

Por isso acredita-se que a impossibilidade de concessão da anistia para os crimes internacionais não se deduz das previsões de imprescritibilidade. Na realidade, esta limitação tem por objetivo a proteção das vítimas e toda a comunidade internacional de futuras práticas de crimes de tão grave magnitude.

Em sentido contrário Zaffaroni<sup>322</sup> critica a importância atribuída a persecução penal para os crimes contra a humanidade. O autor aduz que o direito penal internacional tende a reproduzir os problemas existentes no direito penal interno. Portanto aspectos como a seletividade seriam reeditados. Neste sentido, Zaffaroni demonstra a preocupação com a expansão do “Estado policial internacionalizado” que não estaria sob o controle de nenhum ente.

Embora o autor apresente críticas ele também reconhece a realização de julgamentos internacionais como contribuição para o desenvolvimento gradual da convivência internacional. Isto porque, reconhece que o violador de direitos humanos, ao ser julgado de maneira imparcial tem garantido seus direitos também como pessoa merecedora de tutela.

Ainda que tais críticas espelhem o estado atual do direito penal internacional é preciso perceber que o aprimoramento dos mecanismos de proteção aos direitos humanos somente irá advir com as experiências e atuações da comunidade internacional. A criação e entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional, por exemplo, evidencia este movimento de aprimoramento.

---

<sup>321</sup>DELLA MORTE, Gabrielle. Op. Cit. p. 39

<sup>322</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raul. Crímenes de Masa. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012. p. 33 e ss.

As críticas à aplicação da anistia ou a determinação do dever de investigar, julgar e punir refletem a dificuldade de estabelecer parâmetros universais em situações de conflitos ou regimes autoritários. Isto porque o desenvolvimento destes conflitos está relacionado com aspectos locais e com atribuições tipicamente exercidas pelos Estados: o *ius puniendi* e o poder de clemência.

Por fim, critica-se que a concessão de anistia não implica consolidação duradoura da paz e da democracia. Ou seja, o principal objetivo da anistia no contexto da justiça de transição não seria verificado, por isso a utilização deste mecanismo seria uma falácia que beneficiaria agentes os quais deveriam ser responsabilizados.

Entretanto, esta análise deve conjugar outros fatores além da concessão da anistia. As pesquisas realizadas por Olsen, Payne e Reiter<sup>323</sup> demonstraram que estes mecanismos isoladamente não representam um impacto positivo, tampouco negativo sobre a democracia e a violência dos países que as instituíram. De acordo com seus estudos a postura mais conveniente é a conjunção de mecanismos. Entretanto, não devem ser combinados quaisquer mecanismos.

Na perspectiva dos autores as anistias devem ser combinadas com os julgamentos (com ou sem as Comissões da Verdade) para que seja promovida a justiça de transição de forma a aprimorar a democracia e os direitos humanos.<sup>324</sup> Isto porque os julgamentos isoladamente aplicados podem se caracterizar como revanchismo, visto que dificilmente conseguem alcançar todas as pessoas envolvidas com as violações. De igual modo este mecanismo implica despesas e pode gerar reações antidemocráticas por parte dos apoiadores do regime de governo anterior causando maior instabilidade no regime democrático em consolidação. Assim, a adoção da anistia não significa essencialmente a oposição entre esquecimento e justiça.

As anistias quando aplicadas isoladamente em contextos de transição não gerariam o efeito de pacificação social. Ao contrário disso, elas gerariam o sentimento de impunidade e a desconfiança no Estado de direito além de representar uma violação aos direitos das vítimas.

Ou seja, sob a análise da efetivação da justiça de transição a aplicação da anistia é criticável por não fomentar (sozinha) os objetivos de reconciliação nacional e de pacificação. Embora tais críticas incidam as anistias não deixaram de ser adotadas.

---

<sup>323</sup>OLSEN, Tricia D. et al. Op. Cit. 153

<sup>324</sup>Ibidem, p. 166

Louise Mallinder<sup>325</sup> observou em suas pesquisas que houve uma tendência de diminuição nos anos de 2007 e 2008 em sua utilização, contudo em 2010 o número deste ato de clemência voltou a aumentar.

#### 4.2 Alcance objetivo das anistias

A determinação dos crimes que estarão incluídos na concessão da anistia é um espaço de intensa disputa. Analisando a anistia como um instrumento de clemência estatal pôde-se notar que diversas espécies de crimes incorporam o instituto, embora historicamente ele seja atrelado aos crimes políticos. No entanto, ao investigar a anistia como mecanismo da justiça de transição outros fatores são integrados no momento da utilização deste instrumento, como exemplo é possível destacar a importância de restabelecer a paz e reconciliar a nação.

As anistias realizadas neste contexto são frequentemente questionadas pela amplitude ou imprecisão de seus termos. Estas características propiciaram que crimes considerados de maior gravidade recebessem a clemência e em razão da consolidação dos crimes internacionais e dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos tais questionamentos foram levados para as Cortes.

Este movimento de reinterpretação e revisão das anistias propulsiona o estabelecimento de parâmetros *ex ante* a edição da clemência. Estabelecer limitações materiais auxilia na elaboração de anistias válidas na medida em que estarão fundamentadas na legislação interna e também em documentos internacionais internalizados.

Ainda que sejam identificados outros crimes que podem ser excluídos deste instituto<sup>326</sup>. A pesquisa aborda especificamente a exclusão de crimes internacionais porque são recorrentes as tentativas de anistiá-los que conduzem na interpretação de insuficiência do instituto como medida de transição. Ademais, para estes crimes há o desenvolvimento de uniformização das condutas e de suas repressões. Além deles será

---

<sup>325</sup>MALLINDER, Louise. Perspectivas transnacionais sobre anistias. In: PAYNE, Leigh A. et al. (Org.). *A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. P. 470-505. P.499

<sup>326</sup>Freeman destaca alguns outros crimes que por vezes são excluídos das anistias especialmente por suas motivações. Como, por exemplo, os crimes praticados por ganância (*motivated by greed*) e os crimes motivados por malícia (*motivated by malice*). Nesta primeira categoria enquadram-se crimes econômicos que, de acordo com o autor, podem facilitar a ocorrência de diversos outros crimes, incluindo as graves violações de direitos humanos. FREEMAN, Mark. Op. Cit. p. 149 e ss.

também analisada a categoria dos crimes permanentes, posto que a adequação desta categoria de crime com a anistia também implica condições.

#### 4.2.1 A vedação para os crimes internacionais

A principal questão no que se refere ao âmbito de aplicação da anistia, diz respeito à possibilidade de utilizá-la para os crimes internacionais<sup>327</sup> especialmente para os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade. Estes crimes em razão de suas especiais conseqüências atingem bens jurídicos supranacionais tais como a paz e a diversidade humana.

Em razão das conseqüências transnacionais devem ser excluídos do âmbito de aplicação da anistia. Esta transcendência da prática criminosa expande o dever de proteger para o âmbito da comunidade internacional. Ou seja, a escolha entre punir ou conceder clemência não poderia permanecer adstrita à esfera interna de um Estado, visto que em última análise, toda a humanidade foi lesada pela realização destas condutas.

Nota-se que as graves violações aos direitos humanos são identificadas com as práticas desses crimes. Desta forma, quem os comete está violando norma de *ius cogens*. Por isso esses crimes possuem um tratamento diferenciado que consiste em maior repressão. A análise das condutas que perfazem os tipos penais previstos no Estatuto de Roma evidência a magnitude e a barbaridade destas práticas.

O crime de genocídio é compreendido como atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.<sup>328</sup> Esta tipificação visa coibir ações as quais têm a pretensão de aniquilar a diversidade humana e a autodeterminação dos povos. Embora ele tenha sido identificado em diversos

---

<sup>327</sup>O presente trabalho considera crimes internacionais os dispostos como competência do Tribunal Penal Internacional constante em seu artigo 5º: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, excetuando o crime de agressão, o qual ainda não foi tipificado.

<sup>328</sup>O artigo II da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio assim dispõe: “Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capaz de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo” Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

momentos históricos somente foi conceituado após a Segunda Guerra Mundial<sup>329</sup> por meio da resolução nº96 da ONU. Após esta, a denominação foi consagrada pela Convenção da ONU de 1948. Esta convenção prevê também a obrigação de punir os responsáveis pela sua prática.

A partir da própria definição do genocídio, como um crime que atinge a coletividade, nota-se que a sua prática se distingue dos crimes comuns. Ele possui como um dos seus elementos a intenção de exterminar um grupo humano.

Em razão desta natureza o referido crime não se harmoniza com a idéia de anistia porque os membros do grupo perseguido sofreram violações de vários direitos humanos. A tentativa de reconciliação por meio da concessão da anistia neste caso poderia ser frustrada pelos rancores subjacentes e acarretar a responsabilidade estatal internacional por não ter cumprido o dever de punir estas condutas.

Nota-se que mesmo o Estado não sendo parte da Convenção a obrigação pode subsistir, na medida em que tenha sido identificada como costume internacional. Ou seja, ainda que por via oblíqua a anistia não seria admitida para este crime.

Os crimes de guerra, igualmente são compreendidos como os atos de violações as leis e costumes de guerras e conflitos armados internos ou internacionais. A definição estabelecida pelo Estatuto de Roma<sup>330</sup> faz referência expressa às violações dos deveres constantes nas Convenções de Genebra de 1949, que estabelecem condutas do direito humanitário. Além disso, a referida definição destaca como um dos elementos para atrair a competência do TPI a caracterização da medida como uma política, plano ou prática em larga escala. Previsão semelhante será analisada nos crimes contra a humanidade o que evidencia que os crimes internacionais têm uma consequência mais grave do que outros delitos.

Tais crimes infringem o direito da Guerra (*ius in bello*) exemplo de tal prática é a utilização das balas “dum-dum”<sup>331</sup>. Há essencialmente nestas condutas um aspecto de desproporcionalidade porque a guerra em si gera sofrimento, mas algumas condutas podem e devem ser evitadas.

---

<sup>329</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. Cit. p.227

<sup>330</sup> Carlos Eduardo A. Japiassú destaca que o Estatuto de Roma inovou ao prever como crime de guerra as condutas de: “os relativos aos ataques contra forças ou instalações pertencentes a uma missão de manutenção de paz ou assistência humanitária, em conformidade com a Carta das Nações Unidas (art. 8º (b) (iii); a prática de atos de violência sexual (art. 8º (b) (xxii) e recrutar ou alistar menores de 15 anos nas Forças Armadas (art. 8º (b) (xxvi).” Ibidem. p.235

<sup>331</sup>Esta espécie de projétil explode dentro do corpo causando extremo sofrimento a vítima atingida.



As vítimas destes crimes podem ser os combatentes ou agentes fora de combate (por exemplo, os prisioneiros, ou combatentes rendidos, enfermos ou feridos, integrantes de missões de paz e da própria Cruz Vermelha) e civis. Estes crimes se perfazem com a prática de diversas condutas. A crueldade existente em tais atos e seu grande potencial lesivo a coletividade afastam a possibilidade desses crimes constarem como objeto de anistia.

Em que pese o Protocolo Adicional II de 1977 que trata dos conflitos não internacionais expressamente recomende a promulgação desta clemência ao fim das hostilidades tem-se interpretado tal dispositivo de forma restritiva. A anistia fomentada no dispositivo 6.5 deste protocolo deveria se ater aos integrantes dos conflitos.

Por fim devem ser analisados os crimes contra a humanidade, que nos casos latino-americanos são recorrentes. Estes crimes surgem por meio de uma construção histórica e se caracterizam em razão da transcendência do dano que provocam isto porque estas condutas atingem não só vítimas diretas do fato criminoso, mas toda a coletividade humana. Em essência tais crimes ofendem a dignidade humana<sup>332</sup> e assumem proporções que colocam em risco toda a coletividade. Neste sentido Sean D. Murphy<sup>333</sup> define os crimes contra a humanidade como condutas que constituem um ataque à noção de humanidade e por isso afetam cada membro da comunidade independente de sua nacionalidade, etnias e localização.

Ou seja, a caracterização destes delitos está intimamente relacionada com as violações aos direitos humanos. Estes crimes são condutas mais abrangentes em comparação aos crimes de guerra e ao genocídio (este em especial é considerado em sentido amplo um crime contra a humanidade), contudo também possui elementos que os caracterizam.

Os crimes contra a humanidade, também denominados crimes de lesa humanidade contemplam diversas condutas delituosas, em sua maioria, já previstas no âmbito interno dos Estados. Como exemplos citam-se: o homicídio, o estupro, a tortura, as lesões à integridade física e psíquica dentre outras. A diferença dentre as condutas tipificadas no âmbito interno e os crimes internacionais está na sua forma de execução. Estes possuem como elemento a maneira sistemática ou generalizada de sua realização.

---

<sup>332</sup>A dignidade humana embora represente um conceito jurídico amplo pode ser compreendido como a condição inerente a todos os seres humanos para se realizarem plenamente, comporta o direito de ser sujeito de direitos fundamentais.

<sup>333</sup>MURPHY, Sean D. Aula sobre os crimes contra a Humanidade disponível na biblioteca audiovisual da ONU. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/ls/Murphy\\_CLP.html#](http://legal.un.org/avl/ls/Murphy_CLP.html#)> Acesso em: 05 jun. 2015.

Historicamente a noção de crimes contra a humanidade remete a fatos ocorridos durante a Primeira Guerra Mundial, como visto anteriormente<sup>334</sup>, em razão do massacre aos armênios em 1915. Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a concordância dos Aliados em realizar um julgamento para os líderes nazistas foi criado, por meio do Acordo de Londres, o Tribunal Internacional Militar. Dentre suas competências de julgamento estavam os denominados crimes contra a humanidade.<sup>335</sup> Estes crimes diferentemente dos crimes de guerra podem ocorrer em tempos de paz, ou seja, sem a existência de Guerra declarada ou de conflito armado. Bassiouni<sup>336</sup> destaca que no Acordo de Londres o estado de guerra é um dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade como crimes internacionais.

Lucia Bastos<sup>337</sup> ressalva que um grande número de documentos internacionais foi criado almejando impedir a prática destas condutas o que auxiliou a desvinculação destes crimes às situações de conflitos. Essencialmente para a caracterização dos delitos de lesa humanidade importa verificar se as graves violações aos direitos estão ocorrendo de forma sistemática ou generalizada e se estas condutas integram uma política de Estado (ou são incentivadas ou toleradas por ele).

A forma sistemática ou generalizada de execução evidencia a dimensão de vitimização atingida pelas condutas, ou seja, identifica-se um ataque massivo a população. Bassiouni<sup>338</sup> relaciona este aspecto com o requisito das ações representarem uma política estatal (mesmo que seja apenas tolerada pelo Estado) na medida em que as práticas são direcionadas a grupos identificados (ou identificáveis) em uma população.

Atualmente, os crimes contra a humanidade estão tipificados no Estatuto de Roma em seu artigo 7º, o qual reúne os critérios anteriormente mencionados além de estabelecer um rol das condutas consideradas graves, brutais e desumanas. Diante da situação especialmente grave das práticas destas condutas e do fortalecimento de aspectos protetivos da pessoa humana entende-se que a vedação da anistia para estes crimes deve ser um limite para a sua aplicação.

---

<sup>334</sup>Ver nota 50 supra.

<sup>335</sup>O Estatuto do Tribunal Internacional Militar assim dispôs sobre os crimes contra a humanidade: artigo 6º, alínea c: “murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution or for in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic Law of the country where perpetrated.”

<sup>336</sup>BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity – Historical evolution and Contemporary Application*. Cambridge University Press.2011, p.21.

<sup>337</sup>BASTOS, Lucia Elena F. Op. Cit. p. 57.

<sup>338</sup>BASSIOUNI, Cherif M. Op. Cit. p.33

Em que pese haja dificuldades para a previsão expressa e abstrata da exclusão da concessão de anistia para os crimes contra a humanidade esta seria uma tendência global visando à preservação e promoção dos demais objetivos da justiça de transição. Este limite constitui um dos elementos para conferir legitimidade para as anistias. Freeman<sup>339</sup> argumenta que a exclusão destes crimes também permitiria a preservação da jurisdição nacional e já representaria uma forma de responsabilização.

Louise Mallinder<sup>340</sup> critica a ideia de alguns autores sobre a tendência de exclusão dos crimes contra a humanidade das anistias. A autora identifica em sua pesquisa a partir de uma base de dados sobre a utilização das Leis de Anistia<sup>341</sup>, que na década de 90 a criação do Tribunal Penal Internacional gerou um importante impacto sobre a exclusão dos crimes sob a jurisdição do direito internacional<sup>342</sup> deste instituto. Isto porque, segundo a autora a criação do TPI reforça tentativas de estabelecer uma norma de responsabilidade global.

Contudo, ainda que haja este esforço as anistias de acordo com a pesquisa qualitativa realizada pela autora continuam sendo aplicadas. Mesmo para os casos de graves violações de direitos humanos. Assim dispõe Mallinder<sup>343</sup>:

Nos casos em que essas tendências são exploradas utilizando o Banco de Dados Lei de Anistia, elas indicam que a promulgação da lei de anistia nos últimos trinta anos têm prosseguido a um ritmo constante. Além disso, ao passo que aumentou o número de anistias que excluem crimes internacionais, aumentou também a quantidade de anistias que incluem tais crimes.

Esse artigo defende que essas tendências colocam em dúvida a existência da norma de responsabilidade global, especialmente quando a promulgação de leis de anistia recebe apoio diplomático e financeiro dos doadores internacionais. Esse apoio parece ser particularmente bem-vindo nos casos em que a anistia é aprovada em meio a um conflito em curso, para encorajar os combatentes a se renderem e a se desarmarem. Isso sugere que, apesar da evolução do Direito Penal Internacional e da justiça de transição, uma crença persiste no interior dos Estados e da comunidade internacional de que, em tempos de extrema violência, a anistia pode ser um compromisso necessário para atingir a paz.

---

<sup>339</sup>FREEMAN, Mark. *Necessary Evils – Amnesties and the search for Justice*. Cambridge University Press, 2009, p.148.

<sup>340</sup>MALLINDER, Louise. Op. Cit. p. 495.

<sup>341</sup>Mallinder criou uma base de dados (Banco de dados Lei de Anistia) com a análise comparativa de anistias realizadas globalmente nos últimos 30 anos. A autora buscou uma análise qualitativa comparando aspectos específicos. Ibidem p. 480.

<sup>342</sup>A autora utiliza o termo crime sob jurisdição internacional para fazer referência aos crimes internacionais contra a humanidade, de guerra, de genocídio e contra o direito humanitário. MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and political Transitions: Bridging the peace and Justice divide*. [s.l.] Hart Publishing, 2008, p. 123

<sup>343</sup>Idem.

A observação feita por Mallinder evidencia uma situação prática de conflito no qual uma primeira aproximação para o cessar-fogo é obtida com a proposta de anistia. A autora utiliza os dados coletados no Banco de dados Lei de anistia para refutar a denominada “cascata de justiça”.

Ou seja, embora a atuação da comunidade internacional seja no sentido da responsabilização dos indivíduos pelas práticas de tais atos, em algumas situações mesmo diante de crimes tão graves a anistia ainda se coloca como opção para os países. No entanto, deve-se perceber que só caberia falar em anistia caso as graves violações de direitos humanos tiverem ocorrido em ambos os lados em conflito e de todo modo esse mecanismo provavelmente será questionado futuramente. Ademais, a autora parte dos casos práticos já ocorridos o que não significa que este aspecto tenha que se perpetuar para futuras concessões do instituto.

Caso seja possível verificar que apenas um dos grupos em oposição cometeu graves violações de direitos humanos e estes agentes tenham a pretensão de promover esta medida de clemência ela perderá o seu caráter de reconciliação. Desta forma esta tentativa se desvirtuará em uma autoanistia carente de validade em razão de objetivar impor a benevolência sobre à parte que porventura esteja em desvantagem de armas.

Portanto, a utilização do instituto da anistia para que seja considerado legítimo e convergente aos interesses de promoção de paz duradoura e reconciliação deve verificar uma limitação em relação aos crimes. Isto é, em regra por serem crimes de grande magnitude os crimes contra a humanidade devem ser excluídos da concessão deste instituto. Ainda que pela natureza do conflito as hostilidades apontem que somente a partir da propositura deste mecanismo será possível dialogar. A anistia deve ser condicional (para limitar a abrangência dos beneficiários) e expressamente excluir os crimes internacionais.

#### 4.2.2 Vedação para os crimes permanentes

A aplicação da anistia para os denominados crimes permanentes também merece análise. Esta modalidade de crime é conceituada como as condutas que apresentam uma extensão temporal. Ou seja, a ideia de permanência indica que a prática do delito se perpetua.

Esta classificação se opõe aos crimes instantâneos nos quais o *iter criminis*<sup>344</sup> se conclui, isto é, ocorre a consumação da conduta criminosa em um curto espaço de tempo (em um único ato). Diferencia-se igualmente dos crimes instantâneos de efeitos permanentes no qual a consumação é imediata, mas os efeitos gerados desta ação se prolongam independente da vontade do agente.<sup>345</sup>

Nos crimes permanentes a consumação irá se prolongar no tempo, ou seja, o aperfeiçoamento do crime depende da cessação deste prolongamento. Esta distinção gera importantes efeitos sobre o tempo do crime e a contagem da prescrição.<sup>346</sup> Como exemplos desses tipos de conduta há o sequestro, o cárcere privado e a ocultação de cadáver. A conduta do desaparecimento forçado de pessoas também pode ser enquadrada nesta categoria de crime na medida em que a cessação da prática depende da vontade do agente. Assim, tal crime está previsto no artigo 8º, 1, b, da Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados de 2006 e no artigo III da Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas de 1994.

Esta distinção a respeito do momento consumativo implica dificuldades para aplicação da anistia para estes crimes. Isto porque, a anistia deve se referir a fatos passados. Não é compatível com a clemência estabelecer um “esquecimento” sobre delitos que não se aperfeiçoaram, ou seja, para condutas que não tiveram fim.

Ademais, a anistia é compreendida como uma medida excepcional que reflete uma decisão estatal para determinado lapso temporal. Ainda que o período de tempo estabelecido na anistia seja prolongado o instituto não é promulgado para ter prazo indeterminado. É ínsito ao conceito da anistia que os crimes abrangidos por ela já tenham sido consumados.

Assim, como visto na sentença do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* a prática de um crime permanente foi determinante para que a Corte fosse considerada competente para julgar o caso. Posto que, tais crimes não poderiam ter sido anistiados na medida em que eles continuam sendo praticados enquanto não forem encontrados e

---

<sup>344</sup>*Iter criminis* são as etapas de realização do delito, ou seja, é o “caminho” do crime. Para que ocorra a prática criminosa é preciso que ocorram alguns momentos que foram divididos para serem mais bem analisadas. Desta forma dividi-se o *iter criminis* em duas grandes fases uma interna e outra externa. Na fase interna há a cogitação do crime (fase não punível) já na fase externa (há a exteriorização da conduta) há os atos preparatórios, executórios e a consumação do crime. Os crimes instantâneos e permanentes se distinguem exatamente no momento da consumação.

<sup>345</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal* parte geral, v.1. 30ªed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 114.

<sup>346</sup>GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. Cit. 154.

identificados os corpos das vítimas. Assim, tampouco estes crimes poderiam estar compreendidos no lapso temporal determinado no artigo 1º, da Lei nº 6.683/79.

Desta forma, somente é possível aplicar a anistia para crimes permanentes se já tiver cessado a permanência, ou seja, se o crime estiver consumado. Portanto, ainda que seja discutível se as graves violações de direitos humanos podem integrar a anistia há outras características nos delitos, como nos casos dos crimes permanentes que os excluem da medida de clemência.

Por fim, nota-se que estas limitações espelham as características dos conflitos ou regimes autoritários e se expandem na medida em que as anistias são aplicadas. Assim ocorreu com o Acordo de Paz de Lomé para Serra Leoa no qual posteriormente o tribunal misto e o enviado especial da ONU se manifestaram no sentido de excluir os crimes contra a humanidade da anistia. De igual modo, a discordância do apoio da ONU nas transições ocorridas na Indonésia e Timor Leste em razão dos poderes atribuídos à Comissão da Verdade e Amizade<sup>347</sup> que permitia a recomendação de anistia mesmo para aqueles envolvidos em graves violações de direitos humanos.

### 4.3 Alcance subjetivo da Anistia

Além da análise sobre os crimes que devem estar excluídos da anistia para que esta tenha mais legitimidade. É importante verificar qual é o âmbito de incidência deste instituto sob a perspectiva dos envolvidos nas práticas criminosas. Ou seja, a partir do reconhecimento da prática das condutas incluídas ou excluídas da anistia deve-se verificar dentro dos grupos envolvidos nos conflitos ou em oposição a responsabilidade criminal dos agentes.

A anistia se caracteriza como uma medida atribuída a fatos, não propriamente a pessoas. Entretanto, em situações de instabilidade institucionais a persecução penal pode agravar as crises existentes no momento das negociações. Ademais, como visto anteriormente os julgamentos possuem limitações em sua abrangência. Isto porque, os processos dependem altos custos e implicam a existência de um lastro probatório para imputar os delitos aos agentes.

---

<sup>347</sup>“Sendo assim a ONU não apoiará a Comissão ‘Verdade e Amizade’ entre a Indonésia e o Timor-Leste.” Notícia produzida pelo centro de notícias da ONU, em 26 jul. 2007. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/11587>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Diante destas dificuldades não se mostra possível punir todos os agentes considerados responsáveis pelas práticas criminosas. O julgamento de alguns pode gerar o sentimento de revanchismo e em certa medida dificultar a transição. Por isso é relevante estabelecer explicitamente na anistia os agentes que não são por ela abarcados. Como visto, os princípios de Chicago demonstram essa preocupação com a definição dos beneficiários da anistia. O primeiro princípio ao cuidar da importância da persecução penal recomenda a anistia apenas para os indivíduos considerados executores das medidas que de modo geral tem pouco ou nenhum poder de mando.

Assim, a ideia de especificar os agentes excluídos da anistia não visa tornar esta uma medida pessoal, mas sim por meio de condições, limitar seu âmbito de incidência. Esta primeira orientação de excluir agentes de maior grau hierárquico provém da concepção de que os crimes praticados são resultados de ações coordenadas por agentes estatais ou grupos paramilitares com estruturas complexas. Em razão disto é possível identificar autores intelectuais e autores diretos (imediatos).

Os autores intelectuais são aqueles que em razão do domínio do fato, do domínio funcional do fato ou do domínio da organização<sup>348</sup> podem não praticar diretamente a conduta descrita no tipo incriminador e serem considerados responsáveis pelos delitos. Isto porque, eles controlam e determinam o momento, a forma, o local, dentre outros elementos do agir criminoso. Ou seja, há a relação entre a ordem estabelecida e a ação praticada por terceiro, entendimento diverso poderia implicar a ideia de responsabilidade penal objetiva<sup>349</sup>.

Entretanto, as condições para a exclusão de determinados indivíduos da anistia podem ser fundadas em outros aspectos. Freeman<sup>350</sup> aponta além dos aspectos de

---

<sup>348</sup>Em apertada síntese a teoria do domínio do fato permite a incriminação como autor (autor mediato) de um agente que não tenha praticado o verbo núcleo do tipo. Ela se diferencia da teoria do domínio funcional do fato na medida em que nesta última o executor do ato criminoso também é culpável, pois agiu conscientemente não sendo mero instrumento para a realização do delito. Por sua vez, a teoria do domínio da organização (também chamada de teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder) pressupõe que a prática delitiva seja realizada por meio de uma divisão de tarefas hierarquicamente organizadas dentro de um aparato de poder. Nos casos de conflitos armados ou regimes autoritários é possível que os executores dos crimes os tenham realizado sem consciência da prática criminosa (sendo meros instrumentos dos autores mediatos) ou tendo agido como autores imediatos em relação de coautoria estando ou não inseridos em organizações rigorosamente estruturadas.

<sup>349</sup>Importante esclarecer que a prática de violações aos Direitos Humanos acarreta uma responsabilidade estatal objetiva. Contudo, em relação à responsabilidade criminal individual, esta deve ser subjetiva, ou seja, deve ser verificado o liame entre a conduta do agente e o resultado produzido. Há, portanto duas responsabilidades distintas. No plano internacional tem se desenvolvido a responsabilidade individual (pessoal), na medida em que o indivíduo passou a ser considerado como pessoa no direito internacional, ao lado dos Estados e das Organizações internacionais. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. Cit. p. 292 e ss.

<sup>350</sup>FREEMAN, Mark. Op. Cit. p. 152 e seguintes.

hierarquia (posto ou gradação) e afiliação, elementos como: a forma de participação no crime, a condição de não ter sido beneficiado anteriormente por outra anistia e a condição de não ser um mercenário estrangeiro<sup>351</sup>.

Excluir alguns agentes em razão de sua posição hierárquica representa um desafio para a elaboração de lei ou acordo de anistia. Isto porque, muitas vezes estes agentes participam das negociações de paz. Além desta dificuldade, Mallinder<sup>352</sup> expõe que é um princípio de direito internacional a responsabilização dos superiores hierárquicos pelas atividades de seus subordinados ainda que eles não tenham ordenado diretamente tais atos. Isto é, desde que saibam ou tenham condições de saber e se omitam ou caso tenham fracassado em evitar a prática de tais atos e não denunciem os mesmos.

Embora, seja reconhecida a dificuldade de excluir da anistia determinados agentes considerados superiores hierárquicos esta medida possui um aspecto simbólico importante. Posto que, retirar esses agentes de seus postos e julgá-los representa uma renovação nas instituições e nos valores que nortearão o novo regime. Nota-se que subjaz a estes julgamentos a ideia de prevenção geral da pena. Isto porque, a vigência das normas de proteção aos direitos humanos é reforçada e objetiva-se coagir a prática de outras violações futuras.

Paralelamente a esta questão anistiar apenas os subordinados pode, também, representar um óbice a efetivação da justiça e a possibilidade de reconciliação. Porque os subordinados são em geral os executores dos atos criminosos, logo as vítimas reconheceriam que seus algozes não sofreram nenhuma responsabilização. Esta percepção de impunidade dificultaria a reintegração nacional.

Outra limitação também considerada refere-se à exclusão de agente por afiliação. Este termo utilizado por Freeman<sup>353</sup> define agentes que fazem parte de uma determinada organização independentemente de ser oficial, paraestatal ou mesmo outros grupos como organizações religiosas, grupos rebeldes, entre outros. Nestes casos a

---

<sup>351</sup>Importante destacar que Mallinder ao realizar a pesquisa para a elaboração do banco de dados Lei de Anistias identificou categorias para os destinatários da concessão da anistia, são elas: os agentes estatais, os opositores do Estado, prisioneiros políticos, exilados, refugiados e estrangeiros. MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and political Transitions: Bridging the peace and Justice divide*. Hart Publishing, 2008. p.82 Estas categorias são amplas e comportam indivíduos que tiveram atuações distintas na prática dos atos criminosos. Por isso essa caracterização isoladamente considerada não serviria para basilar a concessão da anistia.

<sup>352</sup>Ibidem, p. 100 e ss.

<sup>353</sup>FREEMAN, Mark. Op. Cit. p.152.



anistia poderia incluir ou excluir especificamente determinado grupo como determinado grupo político de oposição ou membros da polícia, por exemplo.

A vantagem desta limitação é ser mais precisa sobre seu âmbito de incidência. Ou seja, enquanto as exclusões baseadas em conceitos de superioridade hierárquica podem gerar diferentes interpretações o critério de afiliação é mais hermético. Este tipo de limitação também apresenta um aspecto isonômico entre os integrantes. Contudo, a limitação que se baseia apenas em aspectos de afiliação pode conduzir a autoanistia. Além de não identificar atuações distintas dentro destes grupos.

Freeman<sup>354</sup> discorre ainda sobre a inclusão ou exclusão de determinados agentes de acordo com a forma de atuação (ou participação) nos crimes. Isto porque, comumente o direito penal diferencia o atuar criminoso em autoria e participação. Ou seja, a maior ou menor atribuição de responsabilidade poderá acarretar uma reprimenda menor. Assim, caso seja possível identificar as condutas a concessão da anistia seria mais adequada para aqueles que realizaram participações de menor importância. Entretanto, conforme dispõe o autor, essa verificação dos níveis de atuação dos indivíduos fica dificultada em ambientes de longos conflitos ou longos regimes autoritários.

Por fim, como condição para a limitação dos beneficiários da anistia, o referido autor destaca agentes que já tenham sido contemplados por anistias anteriores e até mesmo a exclusão de pessoas não nacionais. Estas limitações visam reforçar a perspectiva preventiva da sanção penal. Na medida em que reafirma a não convivência dos articuladores da transição política com agentes que não tenham agido, de algum modo, com justificativas passíveis de serem toleradas (por exemplo, a ideia de estar agindo para defender o país ou para promover sua libertação) ou ainda, que já tenham praticado crimes anteriormente.

Nota-se, que o estabelecimento de critérios para a exclusão de beneficiários da anistia acarreta alguns desafios. Em razão disto a escolha de uma determinada limitação pode justificar-se de acordo com as características do conflito ou regime autoritário, bem como o momento e os atores envolvidos na elaboração da anistia.

Importa destacar que as condições sobre os beneficiários deste instituto objetivam garantir-lhe validade. Por isso, considerando-se as críticas apresentadas

---

<sup>354</sup>Ibidem, p.155

especialmente pela doutrina e jurisprudência internacionais entende-se que estes limites devem ser articulados para incidirem de forma conjunta.

Assim, ainda que o momento transicional seja de instabilidade e dificuldades estruturais no diálogo para a concessão de anistia alguns destes critérios representam limites interessantes a serem contemplados. Pensar a exclusão da anistia para superiores hierárquicos considerando a atuação no fato criminoso, por exemplo, é uma limitação capaz de gerar maior legitimidade interna e internacional. Visto que conserva a persecução penal para os indivíduos que praticaram os atos mais graves. Esta aplicação da anistia, excluindo indivíduos que tenham realizados atos mais graves, coaduna com o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Ademais, a combinação destes requisitos minimiza as dificuldades verificadas em ambos isoladamente. Ou seja, não serão todos os atores estatais ou opositores com maior poder de mando que serão excluídos, da mesma forma não serão todos os subordinados executores que receberam a anistia. Por tal razão a combinação destes dois critérios confere maior legitimidade para a anistia na medida em que também resguarda as vítimas ao atribuir responsabilidade para os executores que tiveram condutas proeminentes na prática delitiva.

Por outro lado, excluir agentes tendo apenas por fundamento que eles participam de um grupo ou atuam em uma corporação ou pelo fato de serem estrangeiros desconsidera aspectos diferenciadores dentro destes grupos. Ou seja, dentro de uma entidade estatal como a polícia, ou uma agência de inteligência há diferentes atuações e graus de autonomia. Por tal razão excluir todos os agentes, mesmo que seja possível identificar comportamentos e motivações distintas, pode refletir aspectos anti-isonômicos.

Igualmente a exclusão da anistia de indivíduos reincidentes ou que já tenham sido beneficiados com esta clemência anteriormente deve ser avaliada de forma mais específica. Isto porque o conceito de reincidência não é unívoco, portanto deve ser especificado em qual sentido ele é utilizado para excluir da benesse. Caso sua acepção signifique excluir o indivíduo que tenha praticado anteriormente crimes da mesma gravidade e magnitude e que tenham representando uma ameaça ou criado uma situação de instabilidade institucional a limitação da anistia se mostra adequada.

Entretanto, impedir a concessão da anistia para indivíduos que tenham praticado crimes de menor gravidade, por exemplo, crime de desobediência, ou crimes culposos não seria justificável. Isto porque o contexto no qual a concessão da anistia está sendo

considerada é o de transição. De forma semelhante, a negação da anistia para quem tenha sido beneficiado anteriormente deve considerar sobre quais crimes o agente foi previamente anistiado.

Em que pese a preocupação espelhada por essa vedação seja a não tolerância em relação à reiteração criminosa a motivação e justificativa da concessão anterior pode ser diversa. Este óbice pode ser utilizado de forma mais eficiente se for reconhecida que a anistia anterior foi concedida igualmente em um momento de transição e reestruturação social.

Desta forma para que estas limitações sejam mais eficientes deve-se especificar qual é o conceito de reincidência adotado pela medida. Podem-se considerar apenas determinados crimes ocorridos dentro de um lapso temporal também determinado. De igual modo, também a nova anistia deve ser precisa ao excluir indivíduos que já tenham sido anistiados anteriormente para identificar se todos serão excluídos ou somente aqueles que tenham recebido anteriormente a benesse em relação aos mesmos crimes, por exemplo.

Estas definições são importantes porque o instituto em comento implica a extinção da responsabilidade penal. Por isso deve ser claro e sua leitura deve ser estrita, assim como as normas de imputação da responsabilidade criminal.

#### **4.4 Procedimento para a concessão da anistia**

Os instrumentos que materializam a concessão de anistia influenciam sua validade e sua eficácia a depender especialmente do procedimento utilizado para formulá-los. As decisões emanadas da Corte Interamericana destacaram este aspecto ao demonstrarem que as leis de anistia então promulgadas não teriam passado por um procedimento democrático.

A anistia concedida em contextos de transição, em regra, assume a forma de um acordo (que pode ser, por exemplo, um tratado bilateral), leis ou atos do poder executivo (instrumentos mais utilizados nos casos de regimes autoritários).<sup>355</sup> Embora

---

<sup>355</sup>Importante destacar que Mallinder ao estabelecer sua base de dados identificou, nos países pesquisados outras formas. Além das promulgações de leis emanadas do órgão legislativo e de acordos de paz, Mallinder destaca a atuação discricionária do poder executivo que está exercendo o poder e as anistias que são legitimadas por referendos (após a adoção da anistia a anuência ou discordância é indagada posteriormente a sua realização) ou consultas prévias a população. Op. Cit. p.30.

seja mais comum a concessão deste instituto por parte do poder executivo<sup>356</sup>, já que órgão legislativo muitas vezes não está em funcionamento (e em muitas transições a normalidade institucional é restabelecida aos poucos) esta forma de estabelecimento da benesse não se mostra a mais eficiente.

Isto porque, partindo da premissa que o objetivo da anistia como mecanismo da justiça de transição é a reconciliação nacional e o restabelecimento da paz duradoura este meio de aplicá-la tende a gerar desvios destes objetivos. As anistias concedidas pelo poder executivo que está sendo retirado do poder tende a proteger os agentes estatais e responsabilizar os opositores.

De forma semelhante poderia se pensar que as consultas públicas (realizadas previamente ou posteriormente) poderiam garantir a participação democrática. Entretanto, esta forma de estabelecer a anistia pode oprimir ainda mais as minorias e apresenta certa dificuldade de implantação. Isto porque, a elaboração das consultas públicas exige mais articulação social para divulgar e esclarecer em quais termos a anistia está sendo discutida.

Ademais, considerando que as minorias podem também ser numericamente inferiores no território do conflito, ou no país em que ocorra o regime autoritário, a possibilidade de êxito em suas demandas diante de um critério eletivo majoritário é diminuta. Assim, este recurso pode não refletir a realidade social.

Além destes instrumentos a elaboração de lei em sentido formal é comumente utilizada para concessão da anistia. Embora seja um instrumento democrático a concessão da anistia pode, igualmente, ser desvirtuada nos casos em que o parlamento não tenha sua autonomia garantida. Isto pode ocorrer em casos nos quais os parlamentares majoritariamente representem interesses do governo repressor ou mesmo em situações nas quais os legisladores se sintam coagidos em atuar de alguma forma contra este governo.

Neste sentido, transições tais como aconteceram na América Latina (pós-ditaduras militares no período da Guerra Fria), permitiriam maior abertura e termos mais democráticos para a elaboração da anistia na medida em que houve um desgaste dos regimes autoritários<sup>357</sup>. Entretanto, como visto nos casos paradigmas levados à

---

<sup>356</sup>Idem.

<sup>357</sup>Marcelo D. Torelly utilizando a definição dos regimes repressivos realizada por Linz e Stepan agrupa tais regimes em quatro formas: Totalitarismo, Autoritarismo, Pós-totalitarismo e sultanismo. Dentre estes, no regime autoritário existe o espaço para acordos e movimentos de massa, mas para que isso possa ocorrer deve existir uma oposição organizada respaldada pela sociedade civil. Op. Cit. 68

Corte Interamericana mesmo havendo essa maior abertura social não foi o que de fato ocorreu.

Transpondo-se para o contexto de anistias concedidas em sede de conflitos armados especialmente os internacionais os acordos realizados também se mostram como uma opção que garante mais legitimidade. As negociações para a concretização do fim das hostilidades colocam os lados em conflito para dialogarem. Além disso, muitas vezes, nestas situações há a participação de um ente internacional que por ser neutro pode auxiliar as negociações de forma a equilibrar as demandas de ambos os lados. Nota-se que em virtude da mudança nas características dos conflitos armados após o fim da Segunda Guerra Mundial houve uma redução nesta forma de concessão da anistia.<sup>358</sup>

Ademais, como visto alhures, esta forma de previsão da clemência, também apresenta alguns problemas. Na medida em que os representantes das partes em oposição podem não chegarem ao acordo desejado, ou mesmo o ente internacional mediador ou observador pode influenciar de forma prejudicial (por razões de desconhecimento da evolução do conflito ou por interesses econômicos e políticos).

Nota-se, portanto que as formas utilizadas para a concessão da clemência apresentam aspectos negativos. Ainda que se objetive a maior participação dos atores dos conflitos para que haja mais legitimidade social existem aspectos exógenos que influenciam a forma pela qual é este concedido.

Diante de tais dificuldades pode-se compreender que a forma que mais amplia o debate e a participação é a elaboração de lei. Posto que em comparação com as demais formas de edição da anistia esta, durante o procedimento de criação, admite a participação da sociedade civil em consultas públicas, a participação de órgãos observadores internacionais e conta com a atuação do parlamento, no qual as minorias podem estar representadas. Isto é, a promulgação de leis em sentido formal é mais adequada na medida em que haverá a elaboração de um projeto que será submetido ao parlamento.

Desta forma, o ato de clemência submetido a representantes do povo em um ambiente que permite o acesso dos diversos atores envolvidos nos conflitos e a sociedade civil (por meio de audiências públicas, por exemplo) como um todo permite que as condições estipuladas sejam mais debatidas e mais claras. Como visto os

---

<sup>358</sup>MALLINDER, Louise. Op. Cit.32.

instrumentos para a previsão da anistia não são infensos aos desvios em sua elaboração, entretanto, é importante que seja proporcionada a maior transparência e participação possíveis.

## CONCLUSÃO

Diante da investigação realizada nota-se que a anistia deve integrar um dos mecanismos da justiça de transição. Este instituto com origens remotas na Antiguidade Clássica não é óbice à efetivação dos objetivos das transições. Como visto, esta justiça engloba um aparato multidisciplinar que visa a reconstrução estatal após momentos de graves situações de instabilidade política e institucional. Desta forma os mecanismos adotados devem ser articulados para que seus objetivos sejam atingidos.

A anistia, como demonstrado ao longo da pesquisa, pode e deve compor os planejamentos de transição. Este instituto representa uma maneira de adequar a persecução penal para os atores que praticaram as condutas mais graves. Isto porque, a clemência não deve alcançar os agentes que praticaram graves violações de direitos humanos.

A persecução penal possui limites para sua aplicação. Estes limites relacionam-se com custos e material humano para realizar o procedimento investigatório e os julgamentos. Além disso, há dificuldades relacionadas à colheita de provas. Ou seja, a extinção da punibilidade para determinados agentes é justificável também pela falta de possibilidade de punição de todos os agentes envolvidos nas práticas criminosas.

Ademais, a concessão da benesse é relevante nas transições para reduzir as animosidades de grupos em oposição, por isso a concessão da medida auxilia na reconciliação. Na medida em que a anistia não possua a pretensão de abarcar apenas o grupo que exerce poder no momento da transição ela poderá ser um importante instrumento para as negociações de paz. Assim, a anistia condicionada a deposição de armas e rendição, por exemplo, constitui um primeiro passo para a reconciliação nacional.

Além disso, a anistia não se caracteriza como uma violação aos direitos das vítimas. Isto porque estes se identificam com as reparações, o direito de acesso à justiça, o direito à memória, o direito à informação e o direito de acesso aos registros estatais, a aplicação da anistia impede a utilização da sanção penal, ou seja, não fulmina os direitos referidos.

Em razão destes aspectos foi investigado ao longo do trabalho características e limites para a aplicação deste instituto. Assim como a origem destas limitações. Pôde-se observar que as críticas a sua aplicação se fundamentam essencialmente na ideia de proteção aos direitos humanos violados pelas práticas criminosas. Ou seja, a

internacionalização da proteção destes direitos fomentou a jurisprudência internacional a reiteradamente afastar a anistia em razão da obrigação de investigar, julgar e punir.

Contudo, destacou-se que as anistias consideradas nulas foram aquelas que se desviaram dos objetivos de reconciliação e estabelecimento da paz. Os julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos evidenciaram essa perspectiva de que a opinião da Corte é no sentido de afastar a utilização de leis de autoanistia, bem como anistias em branco. Este posicionamento se harmoniza com a perspectiva de proteção aos direitos humanos na medida em que induz a colocação de limites para a aplicação deste instituto.

Com objetivo de testar a hipótese aventada na pesquisa evidenciou-se quais as características assumidas pela anistia e quais são as principais críticas em sua aplicação. A partir da verificação que a anistia não se caracteriza como simples impunidade, mas na escolha de não realizar a persecução penal ela não implica óbice a outras formas de responsabilização (como a responsabilidade, civil, administrativa e moral).

Diante desta verificação foi possível analisar os limites que conformam o instituto no atual contexto de responsabilização estatal tendo em vista as críticas que são constantemente direcionadas à anistia. A pesquisa estabelece como premissa que ela para ser considerada válida deve objetivar atingir a reconciliação nacional e a paz duradoura. Foi a partir desta perspectiva que a investigação abordou as críticas para incorporar limites para este instituto.

Tais limites exprimem o propósito de salvaguardar os direitos das vítimas e de promover a proteção de direitos humanos. Por isso, este posicionamento do direito internacional tem se fortalecido, posto que, no decorrer deste século diversos conflitos evidenciaram o longo caminho a ser percorrido para haver a propagação da proteção destes direitos.

Dessa forma, os crimes internacionais devem estar excluídos da anistia porque representam além de gravíssimas violações aos direitos inerentes à pessoa humana condutas que atingem toda a humanidade e vulneram bens jurídicos internacionais tais como a paz e a segurança internacionais, a diversidade humana e a autodeterminação dos povos. Os tratados e convenções ao abordarem os crimes internacionais dispõem sobre a necessidade de sanções penais, ou seja, não vedam explicitamente a anistia, mas reafirmam a relevância desta sanção para a sua efetivação.

De igual modo os beneficiários devem se enquadrar em condições pré-determinadas. Isto para evitar que a benesse se direcione para abarcar um grupo em



posição favorecida e se caracterize como as autoanistias que visam somente proteger os agentes que foram retirados de sua posição de mando. Este importante aspecto da anistia é também um dos mais difíceis de ser contornado. Nos julgados analisados da Corte Interamericana foi possível verificar como esta característica está reiteradamente presente nos momentos transicionais.

Outro aspecto abordado na pesquisa diz respeito a forma como a anistia é concedida. Ou seja, o instrumento pelo qual este instituto é concedido tem um importante impacto para a sua validade. Por tal razão a pesquisa avaliou as diferentes formas de conferir a benesse para salientar as dificuldades oriundas de cada uma delas. Entre a outorga do poder executivo, elaboração legislativa, acordos e consulta popular foi possível verificar diversos problemas.

No entanto, as anistias efetivadas por leis em sentido formal e material, relativamente consideradas, apresentam características que permitem o maior diálogo entre a sociedade e as partes interessadas.

A universalização destes limites ainda está em estágios iniciais e a positivação destes em tratados, tal como sugere Gabriele Della Morte pode não se caracterizar como a melhor forma de efetivá-los. Posto que, conforme destacado ao longo da pesquisa o momento transicional não é uniforme para todos os Estados, pelo contrário a experiência histórica demonstra que aspectos sociais, culturais e institucionais criam diferentes planejamentos para a transição.

Em que pese estas dificuldades subsiste a construção de uma jurisprudência internacional refutando determinados aspectos da anistia (especialmente as autoanistias e anistia em branco) e reforçando a característica de *jus cogens* para a obrigação de preservar os direitos humanos. Os Estados devem respeitá-las por constituírem normas imperativas de direito internacional. Ademais, as convenções e tratados internacionais paulatinamente inserem em suas disposições a obrigação da persecução penal e da adequação das normas internas as normas internacionais. Na medida em que tais normas são incorporadas aos Estados essa legislação passará a integrar o ordenamento destes.

Desta forma, o movimento de internacionalização dos direitos humanos associado com a responsabilização estatal e a ascensão da responsabilização individual no plano internacional não significam que a concessão da anistia esteja vedada para as situações de transição. Ao contrário, a anistia tem sido constantemente aplicada. Este mecanismo quando utilizado em conjunto com outros instrumentos como os próprios

juízos e as comissões da verdade são capazes de promover a paz e a reconciliação almejadas.

Portanto, a investigação objetivou desvincular a anistia da ideia de impunidade. Posto que, esta representa a desídia estatal por não aplicar a sanção penal e a benesse representa uma escolha estatal. Esta escolha deve ser realizada de modo a salvaguardar direitos por isso este instituto deve ser adotado por meio de um amplo debate e de determinadas balizas.

Deste modo, a pesquisa indicou os limites para a concessão da anistia demonstrando como a perspectiva internacional tem influenciado este instituto em situações da justiça de transição. A partir do reconhecimento destes limites objetivos (em relação aos crimes que podem ser anistiados) e subjetivos (a respeito dos indivíduos que podem ser beneficiários) e dos aspectos procedimentais adotados, outros desafios se apresentam, tais como o modo pelo qual estes limites serão universalizados. Em razão disto é possível perceber que a anistia como mecanismo da justiça de transição deve ser melhor compreendida e aplicada para poder se desenvolver como instrumento de promoção da paz e reconciliação nacional.

## REFERÊNCIAS

ACORDO DE PAZ DE LOMÉ. Peace Agreement Between The Government Of Sierra Leone And The Revolutionary United Front Of Sierra Leone. The Government Of The Republic Of Sierra Leone And The Revolutionary United Front Of Sierra Leone (Ruf/SI) Having met in Lome, Togo, from the 25 May 1999, to 7 July 1999 under the auspices of the Current Chairman of ECOWAS, President Gnassingbe Eyadema; Recalling earlier initiatives undertaken by the countries of the sub-region and the International Community, aimed at bringing about a negotiated settlement of the conflict in Sierra Leone, and culminating in the Abidjan Peace Agreement of 30 November, 1996 and the ECOWAS Peace Plan of 23 October, 1997. Disponível em: < <http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia no Brasil: As alternativas para a verdade e a justiça. *Revista Acervo*, Rio de Janeiro, v.24, n.1, p.119-138, jan.- jun. 2011. Disponível em: < <http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/466/391>>. Acesso em: 15 mar. 2015

\_\_\_\_\_. As alternativas para a verdade e a justiça. *Revista Acervo*, Rio de Janeiro, v.24, nº1, pag.119-138, jan-jun de 2011. Disponível em: <<http://revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/466/391>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Eneá de Stutz; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do Estado democrático de direito. *Sistema Penal e Violência Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS*. Porto Alegre, v.2, n.2, p.36-52, jul.-dez.2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/issue/view/490>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. In: AMBOS, Kai et al. *Justicia de transición com informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2009.

\_\_\_\_\_. Selected Issues Regarding the 'Core Crimes' in International Criminal Law. In: Association Internationale de Droit Penal. *International Criminal Law: Quo Vadis?* n.19. *Nouvelles études pénales*. Toulouse: Érès, 2004, p.219-282.

ANNAN, Koffi. *Two concepts of Sovereignty*. The Economist. New York City. 18 September 1999. Disponível em:< <http://www.economist.com/node/324795>>. Acesso em: 18 maio 2015.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARGENTINA. Decláranse insanablemente nulas las Leyes Nros. 23.492 y 23.521. Lei nº25.779. Sancionada: Agosto 21 de 2003. Promulgada: Septiembre 2 de 2003. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley Sistema Infoleg, Centro de documentación y Información, Ministerio da Economía y Finanzas Públicas. Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>> Acesso em: 30 out. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória In: DIMOULIS, Dimitri et al. (Orgs.) *Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. Nota introdutória. p.7-17.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity – Historical evolution and Contemporary Application*. Cambridge: Cambridge University Press.2011.

\_\_\_\_\_. *The Chicago Principles on post-conflict justice*. Chicago: IRLHI, 2008.

BASTOS, Lucia Elena A. Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: CD, 2006.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos tribunais, v.53, p.88-97, mar-abr. 2005.

BOITEUX, Luciana; et al. Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul. *Revista OAB/RJ*, Rio de janeiro, v.25, n.2, p.55-75, jul/dez.2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Lei de Anistia: Um debate imprescindível. *Revista Brasileira de ciências criminais*. São Paulo. Ano 17, nº77, p.101-127, mar-abr./2009.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Lei nº 3.689/41, de 3 de outubro de 1941. *Portal de Legislação do Palácio do Planalto*. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6240, de 30 de agosto de 2013. Acrescenta art. 149-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoa, e acrescenta inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para considerar esse crime hediondo. *Pl 6240. Portal da Câmara dos Deputados*. Ficha de tramitação legislativa do projeto de lei nº6240/13 de origem do Senado Feral. DF, Brasília.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982>>

Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Diego García-Sayán. Série C 219. São José da Costa Rica, 24 de novembro de 2010. *Website da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica. Disponível em:

<[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.doc](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc)>. Acesso em: 16 jun. de 2011.

BRASIL. Decreto Federal nº310, de 21 de outubro de 1895. Amnistia todas as pessoas que directa ou indirectamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionarios ocorridos no territorio da Republica até 23 de agosto do corrente anno, com as restricções que estabelece. (sic). Portal da Câmara dos Deputados. Legislação informatizada. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-310-21-outubro-1895-540741-publicacaooriginal-41604-pl.html>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Portal da Câmara dos Deputados. Legislação informatizada. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 Convenção Americana De Direitos Humanos. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Website da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Apresenta diversas informações de interesse público, incluindo legislação. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. Decreto nº4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal*. Organização Luiz Flávio Gomes. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.945.

BRASIL. Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. *Portal de Legislação do Palácio do Planalto*. Presidência da República. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm)>  
Acesso em: 1º mar. 2015.

BRASIL. Lei de anistia. Lei nº6683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Portal de Legislação do Palácio do Planalto*. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm)>  
Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. *Portal de Legislação do Palácio do Planalto*. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19140.htm)> Acesso em: 1º set. 2014.

BRASIL. Lei de Segurança Nacional. Lei nº7170/83, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Portal de Legislação do Palácio do Planalto*. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Ministro relator na ADPF Nº153.. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil vs. Presidência da República e Congresso Nacional. Ministro Relator Eros Grau. Distrito Federal, 29 de abril de 2010. *Portal do Supremo Tribunal Federal*. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28153%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lt4uglh>> Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão de Medida Liminar na Reclamação nº18686/RJ. Reclamantes: José Antônio Noogueira Belham, Rubens Paim Sampaio, Raymundo Ronaldo Campos, Jurandyr Ochsendorf e Souza e Jacy Ochsendorf e Souza, reclamado: Juiz federal da 4ª Vara Federal criminal da seção judiciária do Rio de Janeiro. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 29 de setembro de 2014. *Revista Consultor Jurídico*. Ecos da Ditadura. 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-suspende-acao-acusados-morte-rubens.pdf>> Acesso em: 22 out. 2014.

BULDING A FUTURE ON PEACE AND JUSTICE: Study prepared for the International Conference. Nuremberg, 25 - 27 June 2007. Nuremberg. Workshop 4. AMBOS, Kai. The legal Framework of transitional Justice. S.n.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (BRASIL). Comissão Nacional Da Verdade de 16 de maio de 2012 a 10 de dezembro de 2014. Informações Sobre Seus

Relatórios e Depoimentos. Relatórios finais. Disponível em:

<[http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=57](http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=57)>. Último acesso em: 15 maio 2015.

CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença condenatória no caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sergio García Ramírez. nº154. São José da Costa Rica, 26 de setembro de 2006. *Website da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São José da Costa Rica, Costa Rica. Disponível em:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Crimes sem Castigo*. Folha de São Paulo. São Paulo, 19 de setembro de 2008. Opinião (seção). Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1909200808.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; MONTEIRO, Maurício Gentil. *Petição inicial da Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal*. ADPF nº153. Brasília, DF.

Ajuizada pela OAB no dia 21 de outubro de 2008 e recebida no STF em 31 de outubro de 2008. Disponível em:

<[http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf)>. Último acesso em: 26 fev. 2015.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS DO HOMEM. 1993, Viena.

Declaração. Viena: [s.n.]. DHNET. Apresenta diversos programas, ações, notícias e legislações sobre os Direitos Humanos. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao\\_viena.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao_viena.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONGRESSO NACIONAL (BRASIL). Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. V. II. Brasília, DF, 1982.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia Sobre Extradicação. Aberta para a assinatura a 13 de dezembro de 1957. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Cooperação internacional: matéria penal. Lisboa. Disponível em:

<<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar-23-dr-191-1989.html>>. Acesso em: 1º mar. 2015.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. Relatório do Secretário Geral da ONU nºS 2004/616 para o Conselho de Segurança, 23 de agosto de 2004. *Revista Anistia: política e justiça de transição*. V. p. 320-351. jan-jun. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: Algumas anotações. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (coord.) *Direito Penal Internacional: estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.p. 169-187.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Apresenta dados referentes aos julgamentos realizados pela Corte, incluindo relatórios e decisões. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 04 maio 2015.

CRETELLA JR., José. *Comentários a Constituição de 1988*. v. VI. São Paulo: Forense universitária, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELLA MORTE, Gabriele. Anistias em Direito Internacional. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. *Clemência e Direito: anistia, prescrição e graça no direito internacional e comparado*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Conflitos e complementaridade entre direitos humanos e democracia. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis. v.15, nº1, 2008.

\_\_\_\_\_. Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos para a responsabilização in: DIMOULIS, Dimitri, et al. *Justiça de Transição no Brasil: Direito Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.91-127.

DOTTI, René A. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ELSTER, Jon. *Closing the books: Transitional Justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ENGSTROM, Par. A anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: PAYNE, Leigh A. et al. (Org.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.102-139.

DIPP, Gilson. Gilson Dipp considera que os crimes da ditadura podem ser julgados sem restrições. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Sala de notícias. Notícias. Entrevista Coletiva concedida em 15 out 2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/sala\\_de\\_noticias/noticias/Destaques/Gilson-Dipp-considera-que-crimes-da-ditadura-podem-ser-julgados-sem-restri%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Gilson-Dipp-considera-que-crimes-da-ditadura-podem-ser-julgados-sem-restri%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 23 out. 2014.

FAORO, Raymundo. A legitimidade recuperada: A Assembléia Constituinte. In: \_\_\_\_\_. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.p.246-263.

FREEMAN, Mark. *Necessary Evils: Amnesties and the search for justice*. Cambridge: Cambridge university Press, 2009.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. V. I, tomo II. São Paulo: Max Limond, 1977.



GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

HONDURAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença nº sentença C 04. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Rafael Nieto Navia (Juiz Presidente). São José, Costa Rica, 29 de julho de 1988. *Website da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São José da Costa Rica. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.doc)>. Acesso em: 3 abr. 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave: democratization in the late twentieth years century*. [S.l.] University of Oklahoma Press: Norman and London. c1991.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLÁVIA. Dispõe sobre todos os dados dos julgamentos e investigações sobre os conflitos na Antiga Iugoslávia, bem como apresenta o histórico e os números dos conflitos. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/11186>>. Acesso em: 31 jan 2015.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Crimes Internacionais. In: *Direito Penal Internacional*. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.1-25.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Luman Iures, 2003.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; MIGUENS, Marcela. *Justiça de transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. v.1, n.1. pg. 22-43, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>>. Acesso em: 14 fev 2015.

JESUS, Damásio. *Direito Penal parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. Will the judgement in Nuremberg Trial constitute a precedent international Law? *The International Law Quarterly*. Cambridge. V. 1, n.2. p.153-171. Summer 1947. Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law.

Leigh A. et al. Equilibrando julgamentos e anistias na América Latina: perspectiva comparativa e teórica. *Revista Anistia, política e justiça de transição*. Ministério da justiça, Brasília, vol.2 p. 152/175, jul.-dez. 2009.

MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and political Transitions: Bridging the peace and Justice divide*. [S.l.] Hart Publishing, 2008.

\_\_\_\_\_. Perspectivas transnacionais sobre anistias. In: PAYNE, Leigh A. et al. (Org.). *A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.470-505.

MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade: reflexões sobre os limites da argumentação jurídica. In: SWENSSON, Lauro Joppert Jr. Et al. *Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61-90.

MARTINS, Roberto Ribeiro. *Anistia Ontem e Hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

MAZZOULI, Valério de Oliveira; GOMES, Luis Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos e Conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. *Grupo de Trabalho Justiça de Transição: Atividades de Persecução Penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal 2011/2013*. Série Relatórios de Atuação. Brasília: [s.n.], 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal parte geral*, v.1. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, t.1º, Rio de Janeiro, 1936.

MOLL, Leandro de Oliveira. *A obrigação de extraditar para a repressão ao terrorismo: a prática brasileira à luz do direito penal transnacional*. 2010. 223 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional Público). Faculdade de Direito da UERJ: Rio de Janeiro, 2010.

MORAIS, Ana Luiza Zago de. Caso Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Liberdades*. Ver. nº8, p.95-117, set.-dez. de 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/95-ARTIGOS](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/95-ARTIGOS)>. Acesso em: 19 mar. 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris: 1988.

MURPHY, Sean D. *Internacional Crimes: Crimes against Humanity*. Audio visual Library of International Law Criminal. Law and procedure. Organização das Nações Unidas. Série de aulas disponíveis on-line sobre diversos temas de interesse universal. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/ls/Murphy\\_CLP.html#](http://legal.un.org/avl/ls/Murphy_CLP.html#)> Acesso em: 05 jun. 2015.

NEUMANN, Ulfrid. *O papel do direito, da sociedade e da política na superação de sistemas ilícitos*. SWENSSON Jr.. Tradução de Lauro Joppert. [S.l.; s.n.] Não paginado. No prelo.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERU. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença condenatória no caso Barrios Alto vs. Peru. Série C 75. Antonio Augusto Cançado Trindade (voto concordante). São José da Costa Rica, Costa Rica de 14 de março de 2001 *Website da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)> Acesso em: 11 abr 2015.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, v. I, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo. Saraiva: 2011.

\_\_\_\_\_. Lei de Anistia: Direito à Verdade e a Justiça: o caso brasileiro. *Revista Interesse Nacional*. Ano 5. nº. 17. [S.l.] Não Paginado. Abr.-jun. 2012. Disponível em:<<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-de-anistia-direito-a-verdade-e-a-justica-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 27 set. 2014.

PROTOCOLO ADICIONAL II AS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 1949. Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais, de 8 de junho de 1977. *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Direitos Humanos: instrumentos e textos universais. Lisboa. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

RAMBAUD, Thierry. A anistia. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. (Org.) *Clemência e Direito: Anistia, prescrição e graça, no direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen jures, 2011. p.219-233.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. p.805-850. In: AMARAL JR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. Terrorismo. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.) *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.376.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*, Contexto Internacional. Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan-jun de 2001.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Parecer do Ministério Público Federal na ADPF, nº 153, de 29 de janeiro de 2010. Arguentes: Ordem dos Advogados do Brasil, arguidos:

Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Supremo Tribunal Federal. Apresenta andamentos processuais, notícias e súmulas de seus julgamentos.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 set. 2014.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.

SENDO ASSIM, A ONU NÃO APOIARÁ A COMISSÃO “VERDADE E AMIZADE” ENTRE A INDONÉSIA E TIMOR-LESTE. Notícia produzida pelo centro de notícias da ONU. Bruxelas, 26 de julho de 2007. Centro Regional de informação das Nações Unidas. Apresenta informações, programas e parcerias desenvolvidas no âmbito da Europa Ocidental para efetivar e expandir os objetivos das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/11587>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso de Direito Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SWENSSON JR., Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri, et al. *Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010. P.23-59.

\_\_\_\_\_. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. (RE)Pensar o passado breves reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.7, jul-set. 2008.

TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. O Direito Penal como Instrumento de Justiça de Transição: O caso Brasil. *Revista Acervo*. Rio de Janeiro. v.24, nº1, p.103-118, jan-jun, 2011. Disponível em: <<http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/465/390>>. Acesso em: 30 out. 2014.

THE INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. An international non-profit organization. *About us: What is transitional justice?* Apresenta a atuação em justiça de transição da organização sem fins lucrativos Centro Internacional para justiça de transição. Disponível em: <<http://www.ictj.org/about/transitional-justice>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Sentença do caso procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, nº: ICC-01/04-01/06. Adrian Fulford (United Kingdom) Presidente do julgamento. Haia, 14 de março de 2012. International Criminal Court (ICC). Apresenta os casos julgados e que ainda estão em tramite ou sendo investigados pelo Tribunal Penal Internacional. Disponível em:  
<[www.icc.cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc.cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx)> Acesso em: 15 jan. 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REÁTEGUI, Félix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

REGIS, Prado Luiz; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito Político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.771, 89º Ano. p. 421-447. jan., 2000.

SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix. (Org.) *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça e Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011. P.135-169.

VERVAELE, John. A.E. ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: Del *ius (non) puniendi* Del Estado-Nación a um deber puniendi imperativo de *ius cogens*? *Revista Eletrônica de Direito Penal e política criminal da UFRGS*. Vol. 1, nº1, 2013. Disponível em:  
<<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44238/28722>>. Acesso em: 28 maio 2015.

ZAFFARONI, Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. *Crímenes de Masa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REATEGUI, Felix (coord.) *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Comissão da Anistia. Ministério da Justiça. Brasília, DF: 2003. p. 47-71.