



Gabriela Borghi Affonso

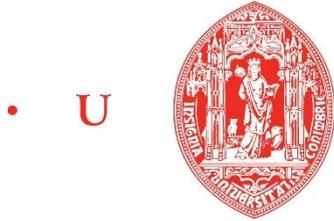
O DEVER DE PERSEGUIR E PUNIR CRIMES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra sob a orientação do Professor Doutor Pedro Caeiro

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Gabriela Borghi Affonso

**O DEVER DE PERSEGUIR E PUNIR CRIMES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO
DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**

**THE DUTY TO PROSECUTE AND PUNISH CRIMES UNDER INTERNATIONAL
LAW IN THE FIELD OF TRANSITIONAL JUSTICE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Caeiro.

Coimbra, 2017

*“One day this all will change
Treat people the same
Stop with the violence
Down with the hate
One day we’ll all be free
And proud to be
Under the same sun
Singing songs of freedom”.*

Matyshiahu, One day.

AGRADECIMENTOS

As breves palavras que trago nesta nota não são suficientes para expressar o meu mais sincero agradecimento a cada pessoa que me acompanhou ao longo deste ciclo. A conclusão do presente estudo só foi possível devido ao apoio que encontrei ao longo do caminho.

Agradeço primeiramente aos meus pais, Solange e Virgílio, e aos meus avós, Rosa e Carlos (*in memoriam*), pelo amor e apoio incondicionais, por estarem ao meu lado em todas as dificuldades e conquistas e por me permitirem tornar este sonho realidade. A vocês, não apenas agradeço, como dedico esta dissertação.

Aos meus irmãos e eternos confidentes, Lucas e Gabriel, por me ensinarem todos os dias o que é o amor incondicional.

Ao Matheus, ouvinte atento das incessantes dúvidas e inquietações. Obrigada pelo incentivo, pela paciência e pelo tempo dedicado ao meu trabalho.

À Izabella, amiga de sempre e para todas as horas, por permanecer ao meu lado, ainda que o tempo e a distância digam não. Obrigada pelas sugestões e reflexões propostas com tanta dedicação e carinho.

A todos os professores que contribuíram para minha formação acadêmica e pessoal, em especial ao meu orientador Professor Doutor Pedro Caeiro, e aos Professores Doutores da Universidade de Salamanca, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Guillermo Mira Delli-Zoti, pela atenção, calma e conhecimentos a mim concedidos. Os senhores são uma grande fonte de inspiração.

Aos amigos que compartilharam comigo cada etapa desta importante caminhada, em especial aos que fiz em Coimbra, pelo companheirismo e constante apoio. Sou grata por todas as ideias, experiências, preocupações e conquistas compartilhadas.

Coimbra, 2017

Gabriela Borghi Affonso

RESUMO

O presente estudo tem como escopo versar sobre o dever de perseguir e punir crimes internacionais no âmbito da justiça de transição e abordar a problemática que se perfaz acerca da natureza e do fundamento de referido dever. Para cumprir tal propósito, inicialmente, demonstra-se a evolução do conceito de justiça de transição e os dilemas que permeiam seus objetivos, com o fito de elucidar a possível existência *trade-offs* intransponíveis entre esses ou se, de forma diversa, tais finalidades são indissociavelmente interligadas. Em seguida, realiza-se uma revisão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza e dos fundamentos de referido dever, por meio da análise das obrigações depreendidas de tratados e convenções internacionais, dos requisitos para a cristalização dos costumes internacionais, do princípio *aut dedere aut judicare* e do princípio da jurisdição universal, bem como das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas disposições contidas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a fim de esclarecer se esse dever constitui um imperativo inderrogável de direito consuetudinário. Por fim, a última parte deste estudo se lança ao exame dos mecanismos complementares à persecução - nomeadamente, comissões da verdade e reconciliação, medidas de reparação, mecanismos de justiça tradicional e leis de anistia -, visando elucidar a necessidade de realizar-se uma abordagem holística e compreensiva à justiça de transição.

Palavras-chave: justiça de transição; direito internacional penal; crimes internacionais; normas consuetudinárias; anistia.

ABSTRACT

The purpose of this study is to discuss the duty to prosecute and punish international crimes in the field of transitional justice and to address the issues surrounding the nature and basis of this obligation. In order to achieve this goal, this study initially demonstrates the evolution of the concept of transitional justice and the controversy that permeates its objectives, aiming to elucidate whether exists insuperable *trade-offs* between them, or whether these purposes are mutually dependent. Subsequently, this research reviews the literature and jurisprudence on the duty to prosecute and punish, through an analysis of the rules provided by international treaties and conventions, the requirements of the process of customary law, the *aut dedere aut judicare* principle and the universal jurisdiction principle, as well as of the decisions handed down by the Inter-American Court of Human Rights and the legal provisions contained in the Rome Statute of the International Criminal Court, in order to clarify whether this obligation constitutes a peremptory norm of customary law. Finally, the last part of this study examines the complementary mechanisms to criminal prosecution – namely, truth and reconciliation commissions, reparation measures, traditional justice mechanisms and amnesty laws -, aiming to illustrate the need for a holistic and comprehensive approach to transitional justice.

Keywords: transitional justice; international criminal law; international crimes; customary law; amnesty.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos do Homem
CESL	Corte Especial para Serra Leoa
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNU	Carta das Nações Unidas
ComIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CONADEP	Comissão Nacional sobre Desaparecimentos de Pessoas
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CVR	Comissão da Verdade e Reconciliação
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
ONU	Organização das Nações Unidas
OTP	<i>Office of the Prosecutor</i>
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
RPF	<i>Rwandan Patriotic Front</i>
SGNU	Secretário Geral das Nações Unidas
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	8
1. A MULTIDIMENSIONALIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....	11
1.1. Evolução do conceito	11
1.2. Objetivos e dilemas da justiça transicional	16
1.2.1. <i>O trade-off entre justiça e paz</i>	17
1.2.2. <i>Consolidação do direito à verdade no âmbito internacional</i>	19
1.2.3. <i>Controvérsias acerca da democracia liberal</i>	22
1.2.4. <i>O Estado de direito em períodos transicionais</i>	26
1.3. Abordagem compreensiva à justiça de transição	28
2. O DIREITO INTERNACIONAL E A LUTA CONTRA A IMPUNIDADE	33
2.1. A justiça retributiva no âmbito internacional: uma abordagem histórica	33
2.2. A desejabilidade e a viabilidade da justiça retributiva em contextos transicionais	37
2.3. O dever do Estado de perseguir e punir crimes internacionais	44
2.3.1. <i>Tratados e convenções internacionais</i>	46
2.3.2. <i>O direito internacional consuetudinário</i>	49
2.3.3. <i>O princípio aut dedere aut judicare e a jurisdição universal</i>	54
2.4. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	59
2.5. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.....	67
3. COMPLEMENTOS À PERSECUÇÃO PENAL.....	76
3.1. Comissões da verdade e reconciliação	76
3.2. Reparação das vítimas e justiça socioeconômica.....	83
3.3. Mecanismos de justiça tradicional	88
3.4. A anistia na era da responsabilidade	92
3.4.1. <i>A controvérsia da anistia no âmbito do direito internacional</i>	93
3.4.2. <i>Uma abordagem contingente</i>	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111
REFERÊNCIAS DIGITAIS	119
REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS E RESOLUÇÕES DA ONU.....	121
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	124
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....	125

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Auxiliar sociedades devastadas por conflitos ou emergentes de governos repressivos a restabelecerem o Estado de direito e reconciliarem-se com um passado de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos representa um árduo desafio para a comunidade internacional, sobretudo porque referidos contextos são caracterizados por instituições ineficazes e corrompidas, pela escassez de recursos, por uma segurança reduzida e por profundas divisões sociais. Nessa tônica, a justiça de transição encerra um conjunto de mecanismos que visam articular a complexa e delicada relação entre preocupações sensíveis, particulares e, simultaneamente, essencialmente políticas, referentes à condução de procedimentos legais e persecuções penais, à implementação de mecanismos extrajudiciais e tradicionais e à reestruturação de instituições políticas, sociais e econômicas, tendo como fundamento e objetivo precípuos o acolhimento, a proteção e a promoção de direitos humanos fundamentais e de valores como a justiça e a paz. Apesar dos diversos esforços empreendidos pela comunidade internacional, a diretriz para atingir esses objetivos mostra-se incerta e demasiadamente controversa.

Tendo em vista que os processos transicionais são um campo de estudo fundamentalmente interdisciplinar, uma vez que envolvem dimensões políticas, econômicas, jurídicas, sociológicas, psicológicas, éticas e culturais, o presente estudo visa oferecer uma modesta contribuição a uma das esferas do conhecimento necessárias para uma compreensão global desses processos, o âmbito jurídico, e, dentro desse, especificamente abordar a problemática que se perfaz acerca da natureza e do fundamento de perseguir e punir crimes internacionais. Objetiva-se realizar uma reflexão geral sobre a justiça de transição, sem a pretensão de oferecer uma solução particular para cada um de seus mecanismos ou avaliar propriamente modelos de justiça transicional, mas sim propiciar orientações básicas que permitam evidenciar os limites da necessária complementaridade entre seus diversos instrumentos.

Para atingir tal objetivo, *ab initio*, este estudo versa sobre a evolução do conceito de justiça de transição, desde seu advento como um conceito extraordinário associado às medidas adotadas pela comunidade internacional no rescaldo da segunda Guerra Mundial até o seu reconhecimento como um projeto global e como o paradigma dominante para restabelecer a paz e o Estado de direito em sociedades que tenham vivenciado violações massivas e sistemáticas de direitos humanos. Em seguida, são trazidos à baila os objetivos

da justiça de transição, nomeadamente, a paz sustentável, a justiça, a verdade e a consolidação democrática, com o objetivo de elucidar se existem *trade-offs* intransponíveis entre esses ou se, ao invés disso, tais objetivos são interdependentes e reforçam-se mutuamente. Nesse âmbito, são tecidas ainda singelas considerações sobre o conteúdo e significado do Estado de direito em contextos transicionais.

No segundo capítulo deste estudo, sob a epígrafe “o direito internacional e a luta contra a impunidade”, realiza-se primeiramente uma abordagem histórica da justiça retributiva no âmbito internacional, fazendo-se alusão à primeira tentativa de estabelecimento de uma jurisdição internacional no contexto da primeira Guerra Mundial, à constituição dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio após a segunda Guerra Mundial, aos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para o Ruanda na década de 1990, aos tribunais híbridos estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) e ao Tribunal Penal Internacional (TPI), com o fito de elucidar as críticas e as contribuições desses para a consolidação do Estado de direito internacional e o combate à impunidade. Na sequência, indaga-se a desejabilidade e a viabilidade da justiça retributiva em contextos transicionais, trazendo à baila questões acerca da necessidade de reforma do sistema judicial doméstico antes da realização de perseguições penais, a fim de garantir a imparcialidade e a independência do Poder Judiciário, e da imprescindibilidade de avaliar a natureza de cada transição e as relações de poder existentes na sociedade. Isso com o escopo de verificar a capacidade da justiça retributiva para responder adequadamente às atrocidades cometidas no passado, desestimular a perpetração de futuras violações e promover direitos humanos fundamentais.

A posteriori, com o objetivo de deslindar se o dever de perseguir e punir crimes internacionais constitui um imperativo inderrogável de direito consuetudinário, perfaz-se uma revisão bibliográfica acerca da natureza e dos fundamentos de referido dever, por meio da análise das obrigações depreendidas de tratados e convenções internacionais, dos requisitos para a cristalização de normas de direito consuetudinário, do princípio *aut dedere aut judicare* e do princípio da jurisdição universal. Em seguida, realiza-se uma revisão jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em casos emblemáticos no âmbito da justiça transicional, com o intuito de abordar as obrigações assumidas pelo Estado perante o direito internacional em contextos de violações graves de direitos humanos. Efetua-se ainda uma análise de alguns dos preceitos legais contidos no

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI), a fim de verificar se mecanismos complementares à persecução penal, nomeadamente, comissões da verdade e reconciliação (CVRs) e leis de anistia, são suficientes para obstar a admissibilidade de um caso perante o TPI.

O terceiro capítulo deste estudo, por sua vez, traz à baila a necessidade de realizar-se uma abordagem compreensiva à justiça de transição e de implementar mecanismos complementares à persecução penal para que os objetivos do processo transicional sejam efetivamente alcançados. Nessa tônica, perfaz-se uma análise acerca da adequabilidade das CVRs para responder a violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e promover a verdade e a reconciliação social, fazendo-se alusão às experiências práticas depreendidas das CVRs implementadas na Argentina e na África do Sul. Aborda-se ainda o direito à reparação como forma de promoção da justiça socioeconômica, analisando-se criticamente a possibilidade de que tal objetivo seja efetivamente promovido por meio de medidas adotadas no âmbito de processo transicionais. Subsequentemente, versa-se sobre os mecanismos de justiça tradicional, os quais representam uma reação ao sistema de justiça penal retributiva e ao imperialismo de normas e valores ocidentais, objetivando oferecer uma aproximação ao conflito que considere a cultura, as tradições e as necessidades locais. Para uma compreensão da relevância desses mecanismos, realiza-se uma análise das Cortes *Gacaca*, implementadas em Ruanda após o genocídio.

Por fim, procede-se a um exame pormenorizado acerca da controvérsia das anistias internas para violações graves de direitos humanos no âmbito do direito internacional, retomando a discussão anteriormente postulada acerca da natureza e dos fundamentos do dever de perseguir e punir crimes internacionais, com o intento de elucidar se o referido dever compreende um limite intransponível no que tange à concessão de anistias para *crimina juris gentium*. Aborda-se ainda a necessária distinção entre anistias absolutas e condicionais, por meio da avaliação das anistias do Chile, de Serra Leoa e da África do Sul. Finalmente, são trazidas à baila as diversas abordagens que a anistia usualmente recebe na literatura da justiça transicional, a saber: a abordagem proponente, oponente ou contingente.

1. A MULTIDIMENSIONALIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

*“By three things does the world endure: justice, truth and peace.
The three are one, because if justice is done,
truth has been effected, and peace brought about”.*
Ancient Babylonian talmud

1.1. Evolução do conceito

Conforme preleciona Teitel, a evolução do conceito “justiça de transição” pode ser identificada em três fases distintas¹. *Ab initio*, a justiça de transição emerge como um conceito extraordinário, associado aos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio, particularmente como um projeto de construção nacional para a Alemanha pós-guerra decorrente de circunstâncias políticas e internacionais únicas. Esta fase tem como primado a justiça retributiva e a quebra do monopólio da jurisdição estatal mediante a criação de tribunais internacionais em resposta aos horrores praticados pelo regime nazista².

A segunda fase da justiça de transição remonta às transições democráticas do Sul da Europa, em países como Grécia, Portugal³ e Espanha⁴, os quais adotaram medidas

¹ Embora verifiquem-se na doutrina outras divisões das fases da justiça de transição, levando-se em consideração marcos históricos e políticos diversos, o presente estudo tem como base a divisão proposta por TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*. pp: 69-94. Vol. 16, 2003, por entende-la mais adequada às discussões e aos objetivos centrais deste trabalho. Nesse âmbito, oportuno mencionar o estudo realizado por BRITO, Alexandra Barahona de. “Justiça Transicional e a Política da Memória: uma visão global”. *Revista Anistia: Política e Justiça de Transição*. N.1. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, a qual propõe a seguinte divisão: a primeira fase de democratização após a segunda Guerra Mundial e a opção por tribunais; a segunda fase de democratização no Sul da Europa; e a terceira fase de democratização no Cone Sul e a criação das CVRs.

² TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 70; HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice and the victim-perpetrator dichotomy: the case study of Rwanda*. Dissertação de mestrado em Relações Internacionais (Estudos da Paz e da Segurança), apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2015, p: 13

³ Cf. URBANO, Maria Benedita. *La Justice Transitionnelle au Portugal Suite au Coup Militaire du 25 Avril, 1974*. Coimbra: Boletim da Universidade de Coimbra, N.89, 2013, a transição democrática portuguesa se deu por ruptura, a partir do golpe de 25 de abril de 1974 (Revolução dos Cravos), arquitetado e executado por militares de esquerda e corolário da extenuação de guerras coloniais e da crise econômica e social do regime salazarista. Após os militares assumirem o poder, diversos Governos Provisórios foram instituídos no país e observou-se uma instabilidade de ideias entre os próprios “militares revolucionários”. Nesse contexto, a ausência de qualquer resistência por parte do antigo regime, a falta de um programa claro sobre as diretrizes a serem seguidas nos planos político, econômico e social e a pouco expressiva reivindicação dos direitos das vítimas da ditadura obstaram a implementação efetiva de um processo de justiça de transição.

⁴ Cf. GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. “La Justicia de Transición en América Latina y Europa y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (Informe del Seminario Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008)” *In*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. pp: 537-550. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009, o processo de democratização gradual e negociado que teve lugar na Espanha após a morte de Franco, em 1975, foi marcado por uma pressão por parte da oposição para que fosse concedida uma ampla anistia aos militantes que se encontravam sob acusação de atos de dissenso político ou terrorismo durante o regime ditatorial. Em resposta, o governo do primeiro ministro

distintas para lidar com as violações cometidas no passado e consolidar o Estado democrático de direito. Posteriormente, no final da década de 1970 e início de 1980, verificou-se uma onda de democratização na América do Sul - caracterizada por pedidos de “*Nunca Más*” e pela demanda por responsabilização pelos abusos de direitos humanos cometidos durante os regimes autoritários -, o que fomentou diversas transições democráticas na África, Europa oriental e América Central após a queda da União Soviética⁵. Nessa conjuntura, a segunda fase da justiça de transição é associada a contextos de alterações políticas, de modo que a “democratização” passa a ser compreendida como um objetivo explícito e basilar dos processos de justiça transicional⁶.

O uso de CVRs e leis de anistia como mecanismos substitutos ou complementares à persecução penal tornou-se amplamente difundido e a justiça de transição passou a ser interpretada como um instrumento apto a facilitar e oportunizar a restauração e reconciliação social por meio da promoção da justiça restaurativa, para além da responsabilização criminal. Ademais, o foco em procedimentos alternativos compreende uma resposta crítica ao movimento pós-segunda Guerra Mundial que visava internacionalizar e universalizar o a justiça e o Estado de direito⁷. Conforme preleciona Teitel, “*the transitional dilemmas at stake in Phase II were framed in terms more comprehensive than simply confronting or holding accountable the predecessor regime, and included questions about how to heal an*

Adolfo Suárez sancionou, em outubro de 1977, uma anistia geral para crimes cometidos por motivações políticas e delitos contra liberdades individuais cometidos por funcionários públicos (Ley 46/1977). Veja também: NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p: 71.

⁵ Cf. ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos, Justiça Transicional e Leis de Anistia*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, p: 60, as transições democráticas que tiveram lugar no leste europeu e na América Central estiveram umbilicalmente ligadas à queda da União Soviética, uma vez que muito conflitos locais nesses territórios eram sustentados e financiados pela bipolaridade de poderes (EUA/URSS) durante o íterim da guerra fria.

⁶ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 71-75. Sobre isso: BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia Transicional: Cuando el Derecho se convierte en religión*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2011, p: 80; BRITO, Alexandra Barahona. “Introdução” In. BRITO, Alexandra Barahona; ENRIQUEZ, Carmen Gonzáles; FERNÁNDEZ, Paloma Aguilar (eds.). *Política da Memória: Verdade e Justiça na Transição para a Democracia*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004, p. 33; HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 13.

⁷ WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction”. In. WILLIAMS, Melissa S. *Transitional Justice*. pp: 1-30. New York: New York University Press, 2012, p: 3. Cf. TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 80-83 e 94, a justiça de transição passou a ser abordada sob uma perspectiva mais ampla e humanista, de modo que seus mecanismos se tornaram uma forma de diálogo entre vítimas e perpetradores, afastando-se da esfera puramente pública e política.

*entire society and incorporate diverse rule-of-law values, such as peace and reconciliation, that had previously been treated as largely external to the transitional justice project”*⁸.

Ainda, evidenciam-se neste período concepções altamente divergentes em relação ao Estado de direito, legitimidade, jurisdição, soberania e justiça, decorrentes de perspectivas legais e culturais diferentes, salientando a hibridação e a privatização da lei e refletindo tendências de globalização. Dessa divergência advém a crítica de que as deliberações acerca da justiça de transição devem ser compreendidas conforme a realidade política, social e jurídica da sociedade em questão, com fundamento na ideia de que cabe a cada Estado soberano sua própria reconstrução nacional⁹.

A terceira fase da justiça de transição, denominada por Teitel “*steady-State Transitional Justice*”, emerge no final do século XX. Devido à persistência da violência e de conflitos internos, a justiça transicional passou a ser reconhecida como um projeto global e como o paradigma dominante para sociedades que tenham vivenciado violações massivas de direitos humanos e encontrem-se em um processo de transição para a paz ou para a democracia. Assim sendo, o conceito de justiça de transição, que historicamente esteve associado a condições extraordinárias pós-conflito, acabou por ser progressivamente interpretado como uma reflexão de tempos ordinários, tornando-se um paradigma do Estado de direito¹⁰. Conforme assevera Hourmat, *it is no longer a question of ‘whether’ to pursue justice, but ‘how’ and ‘when’ – through what kind of particular intervention. In sum, transitional justice is argued to have undergone a complex process of mainstreaming, institutionalization, professionalization and bureaucratization resulting in it having become a ‘global project’*¹¹.

Isso posto, cumpre mencionar que não existe uma definição precisa e consensual de justiça de transição, em razão, sobretudo, da multidimensionalidade do fenômeno ao qual esse termo se refere. No âmbito da ONU, mais do que estabelecer uma definição, opta-se por uma descrição do conteúdo e das finalidades da justiça de transição. Conforme consta no

⁸ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 77

⁹ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 76-77 e 88; ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 60

¹⁰ Cf. TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 71-74, “transitional justice has also extended beyond its historic role in regulating international conflict to regulate intrastate conflict as well as peacetime relations, comprising a threshold rule of law in globalizing politics”. Sobre isto: PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, N.53. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p: 110

¹¹ HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 14.

informe do Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU), a justiça de transição compreende um conjunto de processos e mecanismos desenvolvidos com o escopo de enfrentar um legado de violência em massa do passado, atribuir responsabilidades, realizar a justiça, promover a reconciliação, assegurar a o direito à memória e à verdade, fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades vivenciadas. Esses processos podem incluir mecanismos judiciais ou extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional, tais como julgamentos criminais, CVRs, leis de anistia, programas de reparação e promoção de justiça de gênero, reformas institucionais, supervisão do setor público, demissões e lustrações¹², bem como a combinação de vários instrumentos¹³.

Nos termos propostos pelo *International Center for Transitional Justice* (ICTJ), “*transitional justice is a response to systematic or widespread violations of human rights. It seeks recognition for victims and promotion of possibilities for peace, reconciliation and democracy. Transitional justice is not a special form of justice but justice adapted to societies transforming themselves after a period of pervasive human rights abuse*”¹⁴. De maneira análoga, Merwe preleciona que o termo justiça de transição compreende as diversas respostas sociais às violações sistemáticas de direitos humanos perpetradas no âmbito de uma guerra civil ou de um regime repressivo, com o objetivo de estabelecer a verdade em relação ao passado, determinar responsabilização de perpetradores e oferecer formas de reparação e compensação às vítimas¹⁵. Bickford, por sua vez, assinala que a justiça de transição se refere aos diversos processos que acompanham transições políticas e visam responder a legados de abusos de direitos humanos, atrocidades massivas e outras formas de

¹² Cf. ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 75-76, os mecanismos de purificação, *lustration* ou *vetting* referem-se à prática de excluir certos indivíduos da ocupação de cargos ou empregos públicos, através de processos de demissão, aposentadoria compulsória ou ainda por meio da estipulação de critérios e requisitos para os futuros candidatos desses cargos, como uma espécie de processo de blindagem para instituições públicas contra pessoas que tiveram considerável participação nas violações cometidas no passado. Críticos dessas medidas advogam que essas implicam uma séria sanção punitiva sem a realização do devido processo legal, uma vez que o processo de afastamento se dá por meio de procedimentos e decisões meramente administrativas. Cabível ressaltar que as críticas a esses mecanismos se fizeram tão sólidas em alguns casos que muitas cortes internas anularam ou deram efeitos restritos a essas, tal como ocorreu na Polônia.

¹³ ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616, par: 8.

¹⁴ ICTJ: *What is Transitional Justice?* (2009)

¹⁵ MERWE, Hugo Van der; BAXTER, Victoria; CHAPMAN, Audrey R. “Introduction” In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 1-11. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008, p: 1

trauma social, a fim de construir um futuro mais justo, democrático e pacífico. Em suas palavras:

*“the concept is commonly understood as a framework for confronting past abuse as a component of a major political transformation. This generally involves a combination of complementary judicial and non-judicial strategies, such as prosecuting perpetrators; establishing truth commissions and other forms of investigation about the past; forging efforts toward reconciliation in fractured societies; developing reparations packages for those most affected by the violence or abuse; memorializing and remembering victims; and reforming a wide spectrum of abusive state institutions (such as security services, policy or military) in an attempt to prevent future violations”*¹⁶.

Oportuno consignar ainda que a transformação da justiça de transição em um projeto global ampliou significativamente as situações nas quais tal processo pode ter lugar, tais como acordos de paz firmados no âmbito de conflitos armados de caráter interno ou internacional (transições para a paz); processos de paz em conflitos em curso (*ongoing conflicts*); transformações políticas que contemplem a instauração ou restabelecimento de uma forma de governo democrática (transições paradigmáticas)¹⁷; ou processos de retorno à normalidade institucional e social em democracias formais ou submetidas a períodos de elevada tensão política e social¹⁸. Mencione-se ainda a possibilidade de implementação extemporânea de mecanismos de justiça de transição em contextos nos quais a instabilidade política e as relações de poderes existentes no momento da transição impediram uma resposta efetiva e adequada por parte do novo governo, cujo exemplo paradigmático é o caso espanhol¹⁹.

¹⁶ BICKFORD, Louis. *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Vol. 3. Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, p: 1045

¹⁷ As transições democráticas distinguem-se em duas situações diversas, a saber: a) Estados que contam com um sistema institucional democrático estruturado com base na divisão de poderes, mas que restou seriamente afetado em razão de vicissitudes históricas, como se sucedeu em países da América Latina da década de 1970; b) Estados autoritários que possuem um modelo institucional no qual a divisão de poderes nunca foi uma característica presente, tal como nas antigas repúblicas soviéticas da Ásia central.

¹⁸ Sobre isso: AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p: 8, par: 1; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 10 e 113

¹⁹ Cf. PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 120-123, no momento da transição democrática espanhola, a única medida adotada em relação às violações de direitos humanos foi a Lei 46/1977, por meio da qual se concedia anistia aos atos de intencionalidade política tipificados como delitos. Somente após 30 anos do fim da ditadura franquista, os poderes públicos promoveram iniciativas características dos processos de justiça de transição, como a Lei 52/2007, conhecida como “*Ley de*

Tendo em vista as considerações supra, infere-se que a ampliação e a indeterminação, ainda que inelutáveis, do conceito de justiça de transição implica uma debilidade desse e uma dubiedade acerca dos objetivos a serem promovidos e a forma mais adequada e desejável de fazê-lo, conforme abordar-se-á nos tópicos a seguir.

1.2. Objetivos e dilemas da justiça transicional

Conforme assinala Fernández, a multidimensionalidade da justiça transicional reflete o objetivo copiosamente ambicioso que este processo visa lograr, qual seja: a coesão social necessária para garantir a paz sustentável e promover as bases da nova sociedade sobre o ideal da justiça e do Estado de direito²⁰. Sobre isso, Kritz afirma que o processo transicional deve promover quatro objetivos elementares e indissociáveis, a saber: verdade, justiça, reforma democrática e paz sustentável. Em suas palavras:

*“The first is to determine the truth by establishing a record of human rights abuses. Truth provides validation for victims and is aimed at the instruction of future generations. The second objective is justice. The third is meaningful democratic reform, entrenchment of the rule of law within society, and building a society with institutions that ensure that the kinds of abuses being dealt with will not recur. The fourth objective is a durable peace with assurance that a return to violence is fairly unlikely (...) Together, these four objectives are the standards by which all transitional justice programs should be evaluated”.*²¹

Nessa tônica, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre os objetivos a serem perseguidos pelos mecanismos de justiça de transição e os valores que se pretende promover, a fim de elucidar se é possível alcançar todos esses fins simultaneamente ou se, ao invés disso, existem inevitáveis *trade-offs* entre eles. À vista disso, os tópicos seguintes versam sobre os dilemas que cingem a promoção da justiça e da paz, a consolidação do

memoria histórica”, por meio da qual se reconhecem e ampliam direitos, bem como se estabelecem medidas em favor daqueles que foram vítimas de perseguição ou violência durante a guerra civil e a ditadura.

²⁰ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 95. Sobre isso: ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass violence – John Rawls and a ‘theory’ of transitional justice” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 85-104. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014, p: 89; WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 7

²¹ KRITZ, Neil. “Policy Implications of Empirical Research on Transitional Justice”, In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 13-21. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008, p: 13

direito à verdade no âmbito internacional e seu reconhecimento como objetivo elementar da justiça de transição, as controvérsias acerca da “normatização” da democracia liberal e sua adequabilidade ao contexto político e social de Estados em transição e, por fim, o conteúdo e significado do Estado de direito em contextos transicionais. Mencione-se que a reconciliação social, objetivo elementar dos processos transicionais, será abordada no último capítulo deste estudo, no âmbito das CVRs.

1.2.1. O *trade-off* entre justiça e paz

Uma das questões fulcrais da teoria e *praxis* da justiça de transição reside no dilema entre a promoção da justiça e da paz. Resta empiricamente comprovado que a busca por justiça frequentemente entra em conflito com os esforços, em sua maioria oficiais, para promoção da paz, de modo que a abstenção da persecução penal e do castigo é, por vezes, uma condição necessária para facilitar a paz e a reconciliação²². A despeito deste inerente conflito entre persecuções penais e diligências que visem a promoção da paz sustentável, não se faz concernente argumentar que exista uma incompatibilidade entre esses valores, tal como demonstrar-se-á a seguir.

No âmbito da justiça transicional, o conceito de “justiça” deve ser compreendido amplamente, como um ideal de responsabilidade e equidade na proteção e realização de direitos e na prevenção e repressão de crimes, incluindo não apenas a justiça penal meramente retributiva, mas também medidas restaurativas, administrativas e econômicas que oportunizem uma efetiva mudança política e social, posto que uma análise puramente jurídica olvida as circunstâncias de caráter sociopolítico e a dimensão moral da justiça de transição²³.

Sobre isso, Aiken assevera que a realização da justiça implica a renúncia à retribuição irrestrita, característica dos modelos de justiça ocidentais, em favor de uma responsabilidade atenuada, a fim de que essa não se torne simplesmente outro elemento do ciclo de violência entre prévios adversários e acabe por cristalizar as divisões sociais pré-

²² AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* Ob. Cit., 2008, p: 12, par: 3

²³ Sobre isso: ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” Ob. Cit., 2014, p: 89; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* Ob. Cit., 2008, p: 11, par: 2 e p:22-23, par: 4; WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” Ob. Cit., 2012, p: 7; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 97 e 125; ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 7.

existentes²⁴. No mesmo sentido, Teitel assinala que a concepção de justiça contida no paradigma transicional é parcial, contextual e situada entre pelo menos duas ordens legais e políticas²⁵. Lambourne, por sua vez, preleciona que a justiça deve ser conceituada e interpretada de forma compreensiva, por meio de quatro elementos essenciais, quais sejam: justiça legal, que compreende a responsabilização penal e a harmonização de preceitos de justiça retributiva e restaurativa; a justiça psicossocial, que prioriza a verdade e a reconciliação por meio do conhecimento e reconhecimento de fatos cometidos no passado; a justiça socioeconômica, que encerra reparações, restituições, compensações e mecanismos de justiça distributiva; e a justiça política, que alberga reformas institucionais e políticas e a democratização²⁶.

O conceito de “paz” pressupõe a ideia de paz sustentável e deve também ser compreendido sob uma perspectiva holística, incluindo-se a preservação da paz negativa (ausência de um conflito armado e inexistência de repressão violenta por parte do Estado), a construção da paz positiva (presença de justiça socioeconômica, paz cívica e social²⁷) e a atenuação das causas subjacentes do conflito²⁸. Nessa tônica, cumpre salientar que a paz negativa é o baluarte de todo o processo transicional - posto que é uma condição indispensável para o desenvolvimento de qualquer forma de convivência social -, sendo certo que a longa jornada em direção à reconciliação e à paz positiva dar-se-á por meio da justiça²⁹.

Ante o exposto, infere-se que a paz sustentável pressupõe liberdade e justiça, de modo que a justiça, a reconciliação e a paz devem ser analisadas como elementos indissociavelmente interligados³⁰. Sobre isso, o SGNU manifestou-se no sentido de que

²⁴ AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation in divided societies – A social learning theory of transitional justice” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 40-65. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014, p: 50.

²⁵ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000, p:7

²⁶ LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation and peacebuilding” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 19-39. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014, p: 24 e 33.

²⁷ Cf. ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” In. WILLIAMS, Melissa S. *Transitional Justice*. pp: 78-97. New York: New York University Press, 2012, p: 81, o conceito de paz cívica e social mostra-se um tanto quanto disforme, embora seja possível afirmar que esse inclui, em síntese, um baixo índice de violência criminal ordinária, alguma forma de conciliação psicossocial, e uma atitude positiva e de cooperação de líderes políticos em relação ao novo regime e ao Estado de direito.

²⁸ LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 22

²⁹ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas” In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. pp: 415-431. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009, p: 425, par: 4; AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 50. Mencione-se ainda que o art. 1 (1) da Carta das Nações Unidas (CNU) dispõe que o propósito da ONU é alcançar a paz em conformidade com os princípios da justiça.

³⁰ LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 19

justiça e não paz não são forças contraditórias, “rather, [when] properly pursued, they promote and sustain one another. The question, then, can never be whether to pursue justice and accountability, but rather when and how”³¹. Em simetria, Williams e Nagy prelecionam que “order without justice is neither morally nor politically sustainable”³².

O conteúdo essencial da discussão em tela relaciona-se com os problemas desinentes da exigência de responsabilizar criminalmente perpetradores de violações graves de direitos humanos no âmbito de negociações e acordos de paz que visem pôr fim à violência coletiva e impliquem algum tipo de anistia. Os argumentos jurídicos que permeiam tal discussão serão abordados com maior particularidade no capítulo seguinte deste estudo, no qual discutir-se-á, precipuamente, a existência de um dever inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais e as implicações desse dever em relação às anistias concedidas a nível nacional.

1.2.2. Consolidação do direito à verdade no âmbito internacional

A primeira referência normativa ao direito à verdade resta enunciada nos artigos 32 a 34 do Protocolo Adicional I das Convenções de Genebra de 1949, os quais estabelecem expressamente o direito dos familiares de conhecer a sorte de seus entes desaparecidos ou mortos. Entretanto, foi no contexto das experiências latino-americanas - caracterizadas pela total ausência de respostas por parte do Estado em relação às violações massivas e sistemáticas de direitos humanos como tortura, sequestros, desaparecimentos forçados e execuções sumárias – que se deu o fomento da discussão, desenvolvimento e consolidação do direito à verdade em processos transicionais, sob o fundamento de que a verdade é elemento fundamental da dignidade da pessoa humana³³

Nessa tônica, o Conjunto de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos por meio do combate à impunidade (Princípios Joinet), elaborado no âmbito do Informe sobre a questão da impunidade dos autores de violações de direitos humanos, em 1997, define o direito inalienável de conhecer a verdade sobre os eventos do passado e sobre as circunstâncias e razões que levaram à perpetração de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos, bem como ressalta a imprescindibilidade do exercício pleno e efetivo

³¹ ONU: S/2004/616. *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 21

³² WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 5

³³ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 418, par: 2; ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, de 8 de fevereiro de 2006, par: 57

do direito à verdade para evitar a recorrência dessas violações no futuro³⁴. Posteriormente, em 2005, a pedido da Comissão de Direitos Humanos (CDH) da ONU, Diane Orentlicher elaborou o Conjunto atualizado de princípios para a proteção e promoção de direitos humanos por meio de ações para combater a impunidade, no qual reafirma-se o dever geral dos Estados de tomar ações efetivas para combater a impunidade e assegurar o inalienável direito das vítimas, de seus familiares e da sociedade como um todo de conhecer a verdade sobre as circunstâncias nas quais as violações de direitos humanos ocorreram, reitera-se que o exercício pleno e efetivo do direito à verdade proporciona uma garantia fundamental de não repetição de tais violações, bem como consigna-se que o acesso à informação, em particular o acesso aos arquivos oficiais, faz-se crucial para o exercício desse direito³⁵.

Isso posto, cumpre mencionar que o direito à verdade possui, para além da dimensão individual, uma dimensão coletiva que se traduz no direito da sociedade de conhecer sua história, como parte do patrimônio nacional do povo, e corresponde ao dever do Estado de adotar medidas adequadas para preservar a memória histórica e evitar o incremento de argumentos revisionistas ou negacionistas³⁶. Conforme propõe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH), o direito à verdade compreende um direito de caráter coletivo que permite à sociedade ter acesso a informações essenciais para o desenvolvimento de sistemas democráticos, bem como um direito individual para as vítimas e seus familiares que enseja uma forma de reparação, sobretudo nas hipóteses em que se verifique a concessão de anistia³⁷.

Por meio da Resolução 2005/66, denominada Direito à verdade, a CDH da ONU reconheceu a importância de respeitar e assegurar o direito em epígrafe em contextos de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos, ainda que tais situações não

³⁴ ONU: CDH (1997). *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*. Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de outubro de 1997. Princípio 1: “the inalienable right to the truth”

³⁵ ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*. E/CN.4/2005/102/Add.1, Princípio 1: “General obligations of States to take effective action to combat impunity”; Princípio 2: “The inalienable right to the truth”; Princípio 4: “The victims’ right to know” e Princípios 14 a 18, elencados sob a epígrafe “preservation of and access to archives bearing witness to violations”.

³⁶ ONU: CDH (1997). *Question of the impunity of perpetrators (...)* E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. Princípio 2: “The duty to remember”; ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1, Princípio 3: “The duty to preserve memory”

³⁷ Informe 136/99 de 22 de dezembro de 1999 no caso *Ellacuría et. al*, par. 224. *Apud*. MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 419, par: 2. Sobre isso: AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 41-42, par: 11; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 46

constituam um conflito armado, a fim de combater a impunidade, proteger e promover direitos humanos, destacou o empenho de diversos Estados em garantir esse direito por meio da criação de mecanismos judiciais ou não-judiciais que complementem o sistema judicial, tal como as CVRs, e, por fim, solicitou que fosse realizado um estudo acerca do direito à verdade, incluindo-se informações acerca dos fundamentos, alcance e significado desse direito no âmbito do direito internacional, com o fito de oportunizar sua efetiva implementação³⁸.

Em cumprimento à solicitação em epígrafe, a ONU elaborou em 2006 o Estudo sobre o direito à verdade, o qual assinala que esse direito resta intimamente ligado aos deveres do Estado de proteger e promover direitos humanos, conduzir investigações efetivas das violações perpetradas e garantir reparações efetivas às vítimas, aos fundamentos do Estado de direito e aos princípios de transparência, responsabilidade e boa governança em uma sociedade democrática³⁹. Nessa tônica, cumpre mencionar que a CDH, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a ComIDH e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos reconhecem, em uníssono, que a falha do Estado em fornecer informações ou realizar adequadas investigações sobre o destino de pessoas desaparecidas ou sobre as circunstâncias em que as violações de direitos humanos foram perpetradas constitui uma ofensa ao direito em epígrafe⁴⁰.

Consigne-se, por fim, que embora o direito à verdade tenha inicialmente se desenvolvido no contexto dos desaparecimentos forçados, esse foi gradualmente se expandindo a outras violações graves de direitos humanos e, hodiernamente, resta consagrado como uma norma autônoma de direito internacional humanitário (DIH) de caráter consuetudinário, classificando-se como uma norma de *jus cogens*, imperativa e inderrogável, da qual decorrem obrigações *erga omnes*⁴¹.

³⁸ ONU: CDH (2005). *Right to the truth*. E/CN.4/RES/2005/66, de 20 de abril de 2005. Par: 1, 2 e 6

³⁹ ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, par: 56

⁴⁰ ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, par: 42.

⁴¹ ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, par: 7, 8 e 38. Sobre isso: AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 41-42 e 46, par: 11. ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice*, par: 37; CIDH: *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Peru)*. Sentença de 14 de março de 2001, Série C, N.75, par. 48. Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”. *International Review of the Red Cross*. pp. 175-212. Vol. 87. N. 857, 2005, p: 208, *Rule 117*, o direito à verdade em situações de desaparecimentos forçados constitui uma norma de direito internacional consuetudinário aplicável a conflito internos ou internacionais. Nos termos propostos pela CICV, “[e]ach party to the conflict must take all feasible measures to account for persons reported missing as a result of armed conflict and must provide their family members with any information it has on their fate”.

Expostos esses argumentos, depreende-se que o direito à verdade, juntamente com o direito à justiça e o direito à reparação, constituem os três pilares fundamentais da luta contra a impunidade. Assim sendo, os valores de justiça e verdade devem ser interpretados como concepções complementares e, uma vez que possuem conteúdo e alcance próprios, a verdade não pode ser compreendida como substituta da justiça, da reparação ou das garantias de não repetição⁴².

1.2.3. Controvérsias acerca da democracia liberal

Em última instância, todo o processo transicional orienta-se para a construção de uma sociedade democrática sólida na qual o respeito e a proteção de direitos humanos ocupem uma posição central. Não obstante, cumpre consignar que a democracia, em que pese seja usualmente associada a uma ampla e efetiva proteção dos direitos humanos, é igualmente passível de falibilidade, o que é comumente verificado ante a realidade fática, sobretudo em situações de democracias meramente formais⁴³.

De fato, regimes autoritários e repressivos não tendem apenas a reprimir diretamente direitos políticos e civis, mas também negligenciam a provisão de bens públicos, aumentam a discriminação econômica e facilitam a corrupção por meio da imposição do medo e da restrição e manipulação da mídia, da opinião pública, do sistema educacional e de outras instituições culturais, o que contribui diametralmente para a perpetuação ou intensificação do conflito⁴⁴.

À vista disso, a Declaração e Programa de Ação de Viena assinala que a democracia, o respeito e a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente, de modo que a comunidade internacional deve fomentar a consolidação da democracia em todo o mundo⁴⁵. Nessa perspectiva, argumenta-

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia*. Manuscritos cedidos pelo autor. Salamanca, 2017, p:7; ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, par: 61

⁴³ TZITZIS, Stamatios. “Direitos do Homem e Direito Humanitário – Mito e Realidade” In. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos Humanos – Teorias e Práticas*. pp: 151-172. Coimbra: Almedina, 2003, p: 168; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 142

⁴⁴ HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht. “Human rights and societies in transition: International context and sources of variation” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht et. al. (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 3-24. New York: United Nations University Press, 2004, p: 7-8 e 12. Cf. ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 55, regimes ditatoriais fundamentam suas práticas na ideologia da “segurança nacional”, por meio da qual asseguram a repressão e eliminação da oposição, criando consenso e legitimação mediante a imposição do medo.

⁴⁵ Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, par. 8 xxx

se que resta cristalizada no âmbito do direito internacional uma norma geral que concede o direito a um governo democrático a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado⁴⁶.

Oportuno consignar que o direito à participação política resta amplamente reconhecido tanto no direito dos tratados como na prática internacional, sendo o exemplo mais evidente desse reconhecimento o artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o qual prevê expressamente o direito de todo cidadão à participação democrática. Parte dos estudiosos do tema alegam que referido dispositivo legal apresenta-se como um *standard* comum a todas as nações, as quais devem buscar uma forma governo democrática e fundamentada em eleições periódicas e secretas. Em sentido diverso, uma parcela significativa de teóricos assinala que o dispositivo em epígrafe consiste no preceito etnocêntrico mais ocidental da DUDH, uma vez que define a democracia liberal e eleitoral como forma de governo mandatária⁴⁷. Conforme preleciona Cassesse, o modelo democrático amplamente aceito pela comunidade internacional tem como características: “*representative governance based on regular, free, and fair elections, and accountable to the electorate; respect for human rights; rule of law*”⁴⁸.

No âmbito internacional, o liberalismo democrático é o único padrão político aceitável, o *telos* de todo progresso político “normal” e “adequado”, tendência decorrente do modelo liberal internacional de construção da paz (*peacebuilding*) concebido após a Guerra Fria e definido pela ONU em “*Agenda for Peace*”⁴⁹. Isso posto, oportuno consignar a crítica contumaz de que a justiça de transição acabou por inserir-se em um amplo conjunto de práticas de construção da paz (*peacebuilding package*), sob uma abordagem descendente de

⁴⁶ Cf. CASSESSE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p: 371, o direito a um governo democrático pode também ser denominado, em termos menos restritos, como o direito à autodeterminação interna.

⁴⁷ MORSINK, Johannes. “The Universal Declaration of Human Rights as a norm for societies in transition” *In*. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht et. al. (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp. 29-51. New York: United Nations University Press, 2004, p: 45

⁴⁸ Cf. CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 371, A ideia de um sistema político pluripartidário não é aceita por diversos países não-ocidentais, razão pela qual não faz parte do conceito de democracia emergente no cenário internacional.

⁴⁹ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 88. Cf. ONU: CSNU (2001). *Statement by the President of the Security Council. Peace-building: Towards a comprehensive approach*. S/PRST/2001/5, p: 1, *peacebuilding* abrange uma ampla variedade de programas e mecanismos políticos, evolucionários, humanitários e alusivos à proteção de direitos humanos, com o objetivo de prevenir a eclosão, recorrência ou continuação de conflitos armados, bem como garantir a sustentabilidade de instituições políticas, judiciárias, econômicas e securitárias.

construção do Estado (*top-down state-building approach*) e um paradigma normativo liberal, adotando o modelo de paz democrática liberal de forma altamente acrítica⁵⁰.

A “normatização” da democracia liberal no cenário internacional mostra-se controversa e problemática, sobretudo, quando são trazidas à baila questões sobre a adequabilidade de instituições políticas liberais ao contexto político e social de Estados em transição. Necessário, portanto, questionar quão realístico e adequado é o objetivo da justiça transicional em promover uma democracia liberal⁵¹. Sobre isto, Andrieu preleciona que, no rescaldo de uma guerra ou de um regime ditatorial, o liberalismo político mostra-se demasiado neutro e procedimental, e portanto, insuficiente para reparar os laços sociais, auxiliar na criação de novas instituições e promover a paz sustentável, fazendo-se necessária uma concepção política mais substancial⁵².

O clássico argumento político-filosófico de que a proteção e promoção de direitos individuais constitui uma condição basilar para restringir o poder absolutista e autoritário culminou em uma teoria política e social que enuncia a democracia liberal, fundamentada na liberdade, na equidade e na justiça política, como a alternativa mais adequada para assegurar as condições básicas para o desenvolvimento humano⁵³. Todavia, os direitos

⁵⁰ HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 17. No mesmo sentido: ROHT-ARRIAZA, Naomi. “Foreword” In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: vii – ix. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008, p: ix. Cf. ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 89, o entendimento formulado pela comunidade internacional e a teoria de *peacebuilding* proposta pela ONU fundamentam-se no ideal de paz democrática e na noção de que a consolidação de democracias estáveis ao redor do mundo oportunizará a “paz perpétua”, uma vez que democracias não se utilizam da força e da violência umas contra as outras.

⁵¹ Cf. BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 136, a questão fulcral que aqui se coloca não diz respeito aos possíveis benefícios decorrentes da democracia em relação a regimes autoritários, mas à forma exata que essa democracia deve tomar.

⁵² ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 86 e 88

⁵³ SOUILLAC, Geneviève. “From global norms to local change: Theoretical perspectives on the promotion of human rights in societies in transition” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht et. al. (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 77-100. New York: United Nations University Press, 2004, p: 80. Cf. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht. “Human rights and societies (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 9-10, dessa assertiva advém o debate acerca da incompatibilidade entre valores ocidentais e valores asiáticos ou islâmicos, os quais priorizam direitos e objetivos coletivos, em detrimento de direitos individuais. No que tange ao debate entre valores ocidentais e os denominados valores asiáticos, mencione-se que a limitação de direitos políticos e civis é tolerável apenas enquanto o regime autoritário proporciona um crescimento econômico consistente e serviços sociais apropriados, entretanto, essa tolerância acaba por se desvanecer se tais limitações se mostram desnecessárias ou excessivas, ou ainda se emergirem grandes dificuldades econômicas, de modo que o *trade-off* entre tais valores mostra-se condicional e, portanto, temporário. Considerações similares podem ser feitas acerca da cultura islâmica. Políticas repressivas justificadas pela busca de um objetivo coletivo importante usualmente recebem suporte popular ou, ao menos, tolerância por parte da população, contudo, se tal objetivo resta consolidado e a economia mantém-se estagnada, a população passa a demandar uma maior proteção de direitos individuais. A título de exemplo, mencione-se o caso do Irã: a população iraniana apoiou o regime autoritário que surgiu com o objetivo de derrubar o regime de Shah e vencer a guerra do Iraque, entretanto, com esses eventos no passado e a estagnação

individuais e as premissas de liberdade e equidade não se mostram exequíveis quando a sociedade carece da adequada segurança e preparação política e do necessário desenvolvimento econômico que oportunizem a realização efetiva dos valores e princípios democráticos, propiciando-se, na melhor das hipóteses, a consolidação de democracias meramente formais⁵⁴. Nas palavras de Boutros Ghali, “*without development, the basis of democracy is lacking and Societies will relapse into violence*”⁵⁵.

Sobre isso, Siegel assinala que atualmente o cenário mundial compõe-se de versões nacionais rasas e falsas de democracia e constitucionalismo que buscam mascarar a continuidade do autoritarismo⁵⁶. No mesmo sentido, Backer preleciona que “*democracy has been consolidated in only a minority of the countries. A great number have exhibited modest progress but remain as illiberal democracies or competitive authoritarian regimes, and instances of reversion to past practices (e.g., the reinstallation of one-party rule, the reignition of conflict) are relatively common*”⁵⁷.

Consigne-se ainda que Estados transicionais tendem a ser altamente dependentes da economia e do suporte político estrangeiros durante seus geralmente extensos e instáveis processos de transição. Por conseguinte, a premissa de que existe uma necessária conexão entre democracia e liberalismo, tanto político como econômico, acabar favorecer o imperialismo pós-conflitual por parte de Estados poderosos⁵⁸. Isso posto, depreende-se que os processos de justiça de transição não devem reconhecer a consolidação da democracia liberal, sobretudo de forma impositiva, como única alternativa possível, mas enfatizar o objetivo de assistência no desenvolvimento de uma cultura política local coerente que capacite e invista de poder autoridades locais, com o fito de reagir à imposição de normas, valores e, sobretudo, interesses externos⁵⁹.

da economia iraniana, a população e grande parte da elite do país passou a manifestar e defender maior proteção de direitos individuais.

⁵⁴ Sobre isso: FREDERKING, Brian K. “Putting Transitional Justice on Trial: Democracy and Human Rights in Post-Civil War Societies”. *International Social Science Review*: Vol. 91, Iss. 1, Art. 3, 2015, p: 15; ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 22; ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice (Guidance note)*, par: 2

⁵⁵ ONU: SGNU (1992). *An Agenda for Peace – Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*. A/47/277 S/24111, p:43

⁵⁶ SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural relativism: Lessons for transitional states” *In*. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht et. al. (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 52-76. New York: United Nations University Press, 2004, p: 55

⁵⁷ BACKER, David. “Cross-National Comparative Analysis” *In*. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 23-68. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008, p: 27

⁵⁸ SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 52

⁵⁹ SOUILLAC, Geneviève. “From global norms (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 96

1.2.4. O Estado de direito em períodos transicionais

O Estado de direito (*rule of law*) refere-se ao princípio de governança no qual todas as pessoas, instituições e entidades, públicas ou privadas, incluindo o Estado em si, são responsáveis perante a lei. A consolidação do Estado de direito infere a adesão a alguns princípios substanciais, como a supremacia da lei, igualdade perante a lei, equidade na aplicação da lei, separação e independência de poderes, segurança jurídica, transparência processual e jurídica, ausência de arbitrariedade e efetiva participação da sociedade nos mecanismos de controle das decisões e nos rendimentos da produção⁶⁰. Assinale-se ainda que, hodiernamente, a comunidade internacional compreende o Estado de direito como intrinsecamente vinculado à democracia, sob a denominação Estado democrático de direito⁶¹.

Em democracias consolidadas, o Estado de direito significa regularidade, estabilidade e aderência à lei anteriormente positivada, em oposição às ações governamentais arbitrárias. Entretanto, em contextos transicionais, ao invés de fundamentar e proteger a ordem jurídica, o Estado de direito acaba por mediar e justificar a mudança normativa que caracteriza esses períodos extraordinários⁶². Nesse âmbito, as questões que aqui se colocam são: qual o significado do Estado de direito em períodos transicionais? Se o Estado de direito significa estabilidade e aderência à lei assente, em que extensão ele é compatível com processos de justiça de transição?⁶³

Com o fito de responder a essas questões, faz-se oportuno tecer algumas considerações sobre o significado e conteúdo da terminologia “lei”. Conforme opinião consultiva apresentada pela CIDH, “lei” significa uma norma jurídica promulgada por motivo de interesse geral, endereçada ao bem comum e elaborada por órgãos legislativos democraticamente eleitos, conforme procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ademais, a lei não é simplesmente um mandato de autoridade revestido de elementos formais, mas implica um conteúdo e está dirigida a uma finalidade, de modo sua

⁶⁰ ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 6

⁶¹ Cf. ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 56, o Estado democrático de direito fundamenta-se no princípio da soberania popular e pressupõe uma sociedade democrática, igualitária, com efetiva incorporação de direitos fundamentais, separação de poderes, participação da sociedade na tomada de decisões e submissão da atividade estatal à lei.

⁶² Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* Ob. Cit., 2017, p:7., os processos de justiça de transição são normalmente articulados por distintas áreas do ordenamento jurídico e devem pronunciar-se sobre a vigência de normas promulgadas no período anterior que, por seu conteúdo ou forma, constituem instrumentos para lesionar, oportunizar a violação de direitos ou ainda garantir a impunidade daqueles que os violam.

⁶³ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. Ob. Cit., 2000, p:11

interpretação não pode se dar em abstrato ou se divorciar da ordem jurídica que lhe presta sentido⁶⁴. Isso posto, necessário questionar em que medida uma norma iliberal satisfaz esses requisitos e pode efetivamente ser considerada legítima ou caracteriza-se como mero subterfúgio para encobrir ou autorizar violações de direitos humanos⁶⁵.

Nessa tônica, cumpre mencionar que a proibição de retroatividade de uma norma incriminadora consagrada no direito internacional penal reconhece a exceção por “necessidade forçada da justiça” no âmbito de graves violações de direitos humanos. Consoante ensinamentos de Jescheck, a consciência sobre o significado do Estado de direito deve prevalecer no direito internacional penal, de modo que uma lei penal retroativa verificasse admissível nas hipóteses em que um fato anteriormente aceito e considerado atípico figure um grau de reprovabilidade tão elevado que os sentimentos de justiça e estabilidade não restam violados pela criminalização retroativa, mas pela ausência dessa⁶⁶.

Consigne-se ainda que a legitimação democrática de determinados fatos ou condutas encontra-se limitada por normas e obrigações internacionais que visam proteger direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos, sobretudo quando essas se revestem de natureza de *jus cogens*, de modo que não se pode demandar a continuidade e permanência de normas internas que violem referidos preceitos⁶⁷. Assim sendo, os ditames de direito internacional oferecem um certo grau de continuidade, segurança jurídica e padrões de responsabilidade característicos do Estado de direito, a despeito das alterações legais e políticas internas⁶⁸. Consoante preleciona Teitel, “*a review of the transitional jurisprudence demonstrates that international law can play a constructive role, providing an alternative source of rule of law (...). In this regard, international legal norms serve to construct a perception of continuity and consistency in the rule of law*”⁶⁹.

⁶⁴ Cf. CIDH: Opinião Consultiva OC-6/86 de 9 de maio de 1986. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Solicitada pelo Governo da República Oriental do Uruguai, par: 20, 27, 35 e 38, a exigência de que uma lei, enquanto expressão legítima da vontade da nação, seja promulgada pelo Poder Legislativo, conforme procedimentos previstos na Constituição, não impede que uma lei democraticamente promulgada seja arbitrária ou viole direitos humanos fundamentais, mas sem dúvidas constitui um obstáculo importante para o exercício arbitrário do poder.

⁶⁵ CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par: 7.

⁶⁶ JESCHECK, 1952, p: 236 e ss. Apud. AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2ª Ed. Buenos Aires: AdHoc, 1999, p: 119.

⁶⁷ CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Serie C, N.221, par: 239; ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir, juzgar y sancionar violaciones de Derechos Humanos: el caso chileno*. Cuadernos Deusto de Derechos Dumanos, N.62. Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, p: 46

⁶⁸ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. *Ob. Cit.*, 2000, p: 33

⁶⁹ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 76

Mencione-se, por fim, que a resposta às questões supramencionadas reside em uma compreensão transformativa do Estado de direito, em contraposição ao entendimento ordinário, que avalia o *gap* de legitimidade entre a lei positivada e a socialmente aceita, sobretudo no que tange a leis iliberais. Em cenários transicionais, a definição de Estado de direito é condicionada pelo significado social de injustiça, tirania e arbitrariedade, não por ideias abstratas e universais de justiça, tendo em vista, precipuamente, responder às violações de direitos humanos cometidas sob os auspícios de uma lei iliberal e evitar a recorrência dessas⁷⁰. Conforme assinala Nagy, em períodos de transição, o significado do Estado de direito resta delimitado e configurado pelo contexto fático e encontra a si próprio em transição⁷¹.

1.3. Abordagem compreensiva à justiça de transição

O crescente número de estudos realizados nas últimas décadas acerca da justiça de transição evidencia que os diversos problemas decorrentes de violações sistemáticas de direitos humanos são demasiadamente complexos para serem solucionados por meio de uma ação única, de modo que os processos transicionais requerem a inclusão de mecanismos complementares para efetivamente realizarem seus objetivos⁷². Nesse sentido, Williams e Nagy prelecionam que *“no single mechanism can do all the work of transitional justice. Individual mechanisms are much more likely to meet with success if layered with complementary mechanisms carefully designed to work with each other to advance the immediate, mediate and final goals of transitional justice”*⁷³.

De maneira análoga, Cassesse salienta que todos os mecanismos de justiça de transição são passíveis de falhas e limitações, de modo que a melhor resposta às violações graves de direitos humanos reside em uma combinação prudente e bem planejada de diversas abordagens e procedimentos, vistos não como alternativas, mas como uma reação conjunta ao intolerável sofrimento e desrespeito à dignidade humana. Deveras, devido à magnitude

⁷⁰ Cf. TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 20, “recognition of a legitimacy gap between the law as written and as socially perceived offers a useful way to explain law’s construction under illiberal rule.”

⁷¹ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism in Transitional Context: The Case of Rwanda’s Gacaca Courts” In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 86-115. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2009, p: 102

⁷² Nesse sentido: AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 40; ICTJ: *What is Transitional Justice? Ob. Cit.*, 2009; UN CDH – RESOLUÇÃO 70/2005, preâmbulo,

⁷³ WILLIAMS, Melissa e NAGY, Rosemary. “Introduction”, 2012, p: 6

das questões suscitadas e dos objetivos almejados, não há uma resposta única que atenda ao aspecto multifacetado da justiça transicional⁷⁴.

Senão vejamos: sem a revelação da verdade acerca dos fatos e sem esforços para promover a reparação das vítimas, a punição de um número reduzido de perpetradores revela-se uma forma de vingança política; o conhecimento da verdade apartado de esforços para punir perpetradores, endereçar reparações e realizar reformas institucionais revela-se como meras palavras desprovidas de qualquer resultado efetivo; reparações que não estejam agregadas à perseguições penais ou mecanismos de promoção da verdade possivelmente serão interpretadas como uma tentativa de comprar o silêncio e a aquiescência das vítimas⁷⁵; reformas institucionais sem o intento de satisfazer as necessidades legítimas das vítimas, promover a justiça, a verdade e a reparação, são improváveis de obterem sucesso em seus próprios termos⁷⁶.

Mencione-se ainda que, para além da mera responsabilização penal, o êxito da justiça de transição deve ser medido pela qualidade das reformas políticas alcançadas e, sobretudo, pela contribuição de seus mecanismos para uma verdadeira reconciliação e para a reconstrução e consolidação da democracia, do Estado de direito e do sistema judicial doméstico⁷⁷. Por conseguinte, o paradigma liberal de justiça penal é usualmente criticado por seu foco quase exclusivo na figura do perpetrador, sua pouca influência sobre a vítima e sua diminuta contribuição para a reconciliação social, o que acaba por fomentar uma restrição da política repressiva baseada na jurisdição penal e a implementação de mecanismos complementares de caráter restaurativo⁷⁸.

A título de esclarecimento, cabível assinalar que a proposta restaurativa importa uma abordagem à justiça penal que enfatiza a reparação do dano causado às vítimas e às

⁷⁴ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p: 458.

⁷⁵ O contexto de transição do Marrocos, onde reparações foram endereçadas às vítimas da repressão, mas os perpetradores remanesceram livres e anônimos, mostra-se como um bom exemplo deste problema. Cf. ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 95, “*reparative justice without any attempt to reform institutions or punish perpetrators could be viewed as form of payment, or worse, hush money*”.

⁷⁶ Cf. LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 34, processos transicionais que não articulem uma harmonização entre os aspectos retributivos e restaurativos da justiça, a fim de promover uma forma de reconhecimento, verdade e reconciliação, para além de transformações políticas e institucionais, provavelmente não serão capazes de proporcionar a transformação necessária nas relações interpessoais para viabilizar a paz sustentável.

⁷⁷ BICKFORD, Louis. *The Encyclopedia of Genocide (...)* *Ob. Cit.*, 2004, p: 1046; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 9, par: 1

⁷⁸ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 92; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 88

relações sociais em decorrência de um crime - em lugar do castigo do delinquente – fundamentando-se na ideia de que o comportamento criminal não viola apenas a lei, mas também, e sobretudo, ofende as vítimas e a comunidade como um todo⁷⁹. Consoante ensinamentos de Santos, a justiça restaurativa compreende uma pluralidade de abordagens, influenciadas por várias ciências ou áreas do conhecimento, que consideram o crime em seu sentido amplo e se fundam no reconhecimento da dimensão (inter)subjéctiva do conflito, assumindo como objetivo a pacificação social por meio da reparação dos danos causados às vítimas⁸⁰.

Ademais, o impacto, a sustentabilidade e a legitimidade de processos transicionais requerem uma devida atenção às necessidades e expectativas da população afetada e, portanto, dependem da ampla participação pública e do suporte e envolvimento de atores nacionais⁸¹. Consoante preleciona Lambourne, um procedimento de justiça de transição legítimo e efetivo “*requires that conflict participants become subjects and not just objects in the design and implementation of transitional justice mechanisms in order to conter claims of cultural imperialism, as well to ensure that the needs of survivors and perpetrators are being met*”⁸².

Nessa tônica, oportuno trazer à baila a crítica referente à categorização dicotômica entre vítimas e perpetradores que usualmente caracteriza os processos de justiça de transição. Govier preleciona que no rescaldo de guerras civis, genocídios ou regimes totalitários, a sociedade envolvida é geralmente categorizada entre vítimas inocentes e criminosos malignos⁸³. Essa dicotomia exclui uma parcela considerável da sociedade e acaba por ensejar uma resistência por parte daqueles rotulados como “culpados” pelo conflito, limitando a

⁷⁹ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 131

⁸⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p: 300-304

⁸¹ ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of International Human Rights Law and serious violations of Humanitarian Law*. A/RES/60/147, de 16 de dezembro de 2005, par: 24-27. Cf. ONU: SGNU (2011). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2011/634, par: 22, para que referidas medidas sejam efetivas, faz-se necessário que o público em geral, em particular as vítimas, tenham acesso a relevantes informações acerca das violações perpetradas, dos mecanismos de reparação disponíveis e do seu direito de ter acesso a esses. Ademais, os processos transicionais devem ser desenvolvidos sem qualquer forma de discriminação por qualquer motivo, bem como devem assegurar a ampla participação pública, inclusive populações marginalizadas, incluindo-se pessoas deslocadas, refugiados, mulheres e crianças.

⁸² LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” Ob. Cit., 2014, p: 35

⁸³ GOVIER, Trudy. “A Dialectic of Acknowledgement” In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 36-50. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009, p: 41.

habilidade desses processos para apreender experiências diversificadas da violência e da vitimização, revelar a verdade em relação ao passado e promover a verdadeira reconciliação⁸⁴. Fletcher identifica como “*bystanders*” aqueles que viveram durante o período violento ou repressivo, mas que não se caracterizam nem como vítimas diretas⁸⁵, nem como perpetradores, assinalando que a visão desses sobre o passado é altamente crítica e determinante para a consolidação da paz sustentável, de modo que os objetivos dos processos de justiça transicional não serão amplamente cumpridos enquanto não houver uma inovação no *tool kit* da justiça de transição que supere a dicotomia vítima-perpetrador e envolva diretamente essa parte negligenciada da população⁸⁶. Assim sendo, faz-se necessária uma abordagem holística que compreenda os comportamentos, emoções e pensamentos dos indivíduos e grupos envolvidos no conflito sem removê-los do contexto histórico, cultural e social no qual ocorreram⁸⁷.

Consigne-se, por fim, que a despeito de certas similitudes, cada experiência transicional é diferente das demais, em razão de diversos fatores, tais como a magnitude e a natureza do conflito, a conformação social e cultural da sociedade e, sobretudo, a relação de poderes entre grupos políticos, sociais e/ou militares antagonistas⁸⁸. É um erro sugerir que o processo transicional empreendido em um Estado irá automaticamente transformar-se em um modelo para outros contextos transicionais, uma vez que abordagens efetivas e sustentáveis devem necessariamente fundamentar-se na análise das necessidades e

⁸⁴ BACKER, David. “Cross-National Comparative (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 26; HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 2.

⁸⁵ Mencione-se que a concepção de vítima sofreu considerável ampliação no âmbito do DIDH, incluindo-se nesse conceito vítimas diretas e indiretas. Nos termos propostos pela ONU, consideram-se vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano físico ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou substancial enfraquecimento de seus direitos fundamentais em razão de ações ou omissões que constituam graves violações de direitos humanos, incluindo-se ainda a família imediata e seus dependentes diretos. Conforme entendimento proferido pela CIDH, a vítima direta é a pessoa com a qual se dirige, de forma imediata, explícita e deliberada, a conduta ilícita do agente do Estado; a vítima indireta, por sua vez, é o indivíduo que, embora não tenha sofrido da mesma forma, também teve seus direitos afetados a partir do impacto que recebe a denominada vítima direta. Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 8; CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentença de 1 de julho de 2006, Série C, N.148. Voto do Juiz Sergio Garcia RAMIREZ, par: 11 e 51

⁸⁶ FLETCHER, Laurel E. “Facing Up to the Past: Bystanders and Transitional Justice”. *Harvard Human Rights Journal*. pp: 47-52. Vol. 20, 2007, p: 47

⁸⁷ HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 28. Sobre isto, MERWE, Hugo Van der; BAXTER, Victoria; CHAPMAN, Audrey R. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2008, p: 5

⁸⁸ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 416, par: 1

capacidades nacionais⁸⁹. Consoante assinala Backer “*each country is unique (...) and therefore, any courses of action should emerge out of, and be tailored to, local conditions. By implication, looking elsewhere for guidance will result in importing frameworks and institutions that are likely to be ill suited and unsuccessful*”⁹⁰. Isso posto, depreende-se que o reconhecimento das idiosincrasias de cada caso mostra-se imprescindível para alcançar soluções justas e prudentes, a fim de elidir a visão universalista ocidental e a padronização de objetivos e métodos de justiça de transição impulsionados e conduzidos por atores externos⁹¹.

Tecidas essas sucintas considerações, os capítulos seguintes deste estudo têm como objetivo perfazer uma análise acerca da natureza e dos fundamentos do dever de perseguir e punir *crimina juris gentium* imposto pelo direito internacional, bem como delinear os limites da necessária complementaridade entre medidas de justiça retributiva e mecanismos complementares à persecução penal.

⁸⁹ KRITZ, Neil. “Policy Implications of Empirical (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 13; AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 58; ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 15

⁹⁰ BACKER, David. “Cross-National Comparative (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 23. Cf. TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 93, “local factors also affect the legitimacy of transitional responses. Thus, the mere exportation of ideal rule-of-law models does not provide sufficient guidance”. Cf. SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 69, “each transitional society needs to shape a balance approach consistent with its political culture, recent history, and power relations”

⁹¹ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 103; NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* *Ob. Cit.*, 2015, p: 288

2. O DIREITO INTERNACIONAL E A LUTA CONTRA A IMPUNIDADE

"From the origins of mankind until the present day, the history of impunity is one of perpetual conflict and strange paradox: conflict between the oppressed and the oppressor, civil society and the State, the human conscience and barbarism; the paradox of the oppressed who, released from their shackles, in turn take over the responsibility of the State and find themselves caught in the mechanism of national reconciliation, which moderates their initial commitment against impunity."

ONU: CDH, 1996, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, par. 51

2.1. A justiça retributiva no âmbito internacional: uma abordagem histórica

A impunidade, que historicamente acompanha contextos de violações graves e sistemáticas de direitos humanos, é considerada nefasta por favorecer a repetição crônica dessas violações e trazer consigo a incapacidade das vítimas e de seus familiares de defender seus direitos⁹². Conforme definição proposta pela CDH da ONU, “*‘impunity’ means the impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of violations to account – whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings – since they are not subject to any inquiry that might lead to their being accused, arrested, tried and, if found guilty, sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims*”⁹³.

Desde uma perspectiva histórica, a primeira tentativa de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional ocorreu em 1919, com o fim da primeira Guerra Mundial e a elaboração do Tratado de Versalhes, o qual foi ratificado pelas potências ocidentais aliadas e teve como escopo principal a punição de líderes militares alemães pela perpetração de crimes de guerra, nomeadamente o Imperador Wilhem II⁹⁴. Entretanto, os esforços para estabelecer uma justiça criminal internacional acabaram por não prosperar e a impunidade

⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* Ob. Cit., 2017, p:46; SIKKINK, Kathryn. “The Age of Accountability: The Global Rise of Individual Criminal Accountability” In. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 19-41. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p: 23

⁹³ ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1, p: 6

⁹⁴ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “Antecedentes Históricos do Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional” In. *Revista da Faculdade de Direito*. Vol.98. Universidade de São Paulo, 2003, p.574; CASSESSE, Antonio. *International Law*. Ob. Cit., 2001, p: 266. O artigo 227 do Tratado de Versalhes previa a responsabilidade penal do Imperador alemão Wilhem II por “*the supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*”.

decorrente desse período histórico é reconhecida como um dos fatores que impulsionou a eclosão da segunda Guerra Mundial⁹⁵.

Posteriormente, em circunstâncias históricas similares, no rescaldo da segunda Guerra Mundial, em razão da demanda por responsabilização criminal de perpetradores de crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional como um todo, foram instituídos os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio. Embora sejam considerados “tribunais de vencedores”, induzindo críticas acerca da manipulação da lei e da seletividade arbitrária na persecução penal, referidos tribunais constituíram o marco da justiça internacional penal, uma vez que evidenciaram a imprescindibilidade de determinação da responsabilidade penal individual, para além da mera responsabilização do Estado⁹⁶, formaram a base para o desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos internacionais e definiram padrões a serem observados e respeitados mesmo em períodos de paz, contribuindo assim para prevenção de futuras ofensas especialmente graves à dignidade humana⁹⁷. Ademais, esses tribunais constituíram uma iniciativa que oportunizou o conhecimento da verdade e a construção de uma memória histórica em relação às atrocidades cometidas durante a segunda Guerra Mundial, contribuindo para a restauração da ordem moral internacional⁹⁸.

No ínterim entre os juízos de Nuremberg e a queda do muro de Berlim, devido à divisão ideológica que caracterizou a Guerra Fria, a comunidade internacional falhou em fornecer suporte para quaisquer iniciativas de âmbito internacional que visassem a persecução penal de líderes políticos e militares responsáveis por violações massivas de direitos humanos⁹⁹. A partir de 1990 verifica-se uma mudança profunda na teoria e na *praxis*

⁹⁵ Cf. CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 266, de fato, não foi estabelecida uma corte internacional, o Imperador alemão nunca foi efetivamente julgado e, eventualmente, apenas 12 dos 895 alegados perpetradores foram trazidos a juízo, perante uma corte nacional alemã, sendo que 6 deles foram absolvidos.

⁹⁶ Cf. CASSESSE, Antonio. *International criminal law: cases and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p: 15, “as the Nuremberg Tribunal concluded, crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”.

⁹⁷ Sobre isso: CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 267 e 351; CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 448; TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 31; TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 76; WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 3.

⁹⁸ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 90.

⁹⁹ MAGNARELLA, Paul J. “The consequences of the war crimes tribunals and an international criminal court for human rights in transition societies” *In*. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht et. al. (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 119-140. New York: United Nations University Press, 2004, p: 121. Cf. SIKKINK, Kathryn. “The Age of Accountability (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p:

do direito internacional - para além da tolerância e impunidade – em direção à criação de um Estado de direito internacional, atribuindo-se maior reconhecimento e legitimidade às normas de direito internacional dos direitos humanos (DIDH) e de DIH e enfatizando a necessidade reprimir e punir todos os ataques massivos à dignidade humana. Sikkink refere-se a essa tendência como “*justice cascade*”¹⁰⁰.

Mencione-se, a título de exemplo, os tribunais *ad hoc* estabelecidos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) para a antiga Iugoslávia¹⁰¹ (TPIY) e para o Ruanda¹⁰² (TPIR) com o propósito de processar e julgar perpetradores de graves violações de DIDH e de DIH, uma vez que o sistema judicial interno de ambos os países encontrava-se colapsado e, portanto, sem capacidade para administrar a justiça de forma imparcial, justa e efetiva¹⁰³. Com efeito, diversas são as críticas formuladas em relação aos tribunais supramencionados, das quais, as mais emblemáticas referem-se à localização geográfica desses, o que impediu a participação efetiva de vítimas e familiares nos procedimentos¹⁰⁴; ao grau de seletividade nas persecuções penais, o que fomentou o sentimento de discriminação em certos grupos étnicos¹⁰⁵; ao foco puramente retributivo desses mecanismos¹⁰⁶; ao distanciamento ontológico com a comunidade diretamente atingida pelo

19, entre 1975 e 1990, as persecuções penais de representantes do Estado por violações de direitos humanos foram conduzidas por sistemas jurídicos domésticos em Portugal, Grécia, Argentina, Bolívia e Guatemala. Estas persecuções foram morosas, controvertidas, incertas e, por isso, altamente contestadas em âmbito nacional e internacional. De fato, durante a década de 80, “*accountability*” era quase inimaginável.

¹⁰⁰ SIKKINK, Kathryn. “The Age of Accountability (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 19. Veja também: SIKKINK, Kathryn. “The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America” *In*. SIEDER, Rache; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. pp: 263-292. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p: 265.

¹⁰¹ ONU: CSNU (1993). Resolução 827. S/RES/827, de 25 de maio de 1993, sobre o estabelecimento do TPIY

¹⁰² ONU: CSNU (1994) Resolução 955. S/RES/955, de 8 de novembro de 1994, sobre o estabelecimento do TPIR

¹⁰³ ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 38-40. O TPIY e o TPIR foram estabelecidos com fundamento no Capítulo VII da CNU e buscaram alcançar diversos objetivos, dentre eles, trazer à justiça responsáveis por graves violações de DIDH e de DIH, prevenir sua repetição, assegurar justiça e dignidade às vítimas, documentar os eventos do passado, promover a reconciliação nacional, restabelecer o Estado de direito e contribuir para a restauração da paz. Referidos tribunais contribuíram ainda para o desenvolvimento de uma rica jurisprudência no âmbito do direito internacional penal, sobretudo no que tange à efetividade dos direitos e deveres positivados nos diversos tratados e resoluções formulados após a segunda Guerra Mundial. Ademais, em razão da orientação jurisprudencial desses tribunais, os conflitos armados internos deixaram de ser compreendidos como assuntos internos e de interesse apenas do Estado soberano no qual ocorrem, passando a ser regulamentados conforme normas internacionais. Sobre isto: ROHT-ARRIAZA, Naomi. “Foreword” *Ob. Cit.*, 2008, p: viii; CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 268 e 344

¹⁰⁴ A título de informação, mencione-se que o TPIY localiza-se em Haia, Holanda, enquanto o TPIR tem sua sede em Arusha, Tanzânia.

¹⁰⁵ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 150

¹⁰⁶ WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 3

conflito, sua cultura, mentalidade, hábitos, necessidades e aspirações¹⁰⁷; ao alto custo para seu estabelecimento e manutenção¹⁰⁸; à natureza (*ad hoc*) e ao momento do exercício da jurisdição (*ex post facto*)¹⁰⁹.

Oportuno ainda fazer alusão aos tribunais híbridos estabelecidos pela ONU, órgãos judiciais que comportam elementos tanto nacionais como internacionais em três âmbitos: sua criação, sua estrutura e o direito aplicável. Dentro dessa categoria encontram-se, por exemplo, a Corte Especial para Serra Leoa (CESL)¹¹⁰, os Júris Especiais para Crimes Graves no Timor-Leste¹¹¹ e as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Cambodia¹¹². Ainda que com êxito variável, os tribunais híbridos constituem iniciativas significativas do ponto de vista da justiça transicional, uma vez que aproximam o processo judicial das vítimas, promovendo assim uma dimensão restaurativa, para além da mera retribuição, e objetivam introduzir *standards* internacionais no sistema jurídico doméstico, a fim de fortalecer as instituições judiciais e prevenir a repetição das violações massivas de direitos humanos perpetradas¹¹³.

¹⁰⁷ Neste contexto, cabível a transcrição das considerações de HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 47, acerca do TPIR: “*from the point of view of Rwanda citizens, the ICTR has proven to be a reality far away, speaking little to the majority of poor rural and illiterate Rwandans: this is not only due to its geographical distance but, most importantly, because of the gap between the Tribunal’s approach and Rwandan’s diversity of aspirations, knowledge and interpretations of issues such as justice, redress, punishment and reconciliation. This distance suddenly becomes very real when one considers that trial procedures are not conducted in Kinyarwanda, the only language that the majority of Rwandans speak*”

¹⁰⁸ Cf. BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 74, o custo conjunto do TPIY e do TPIR excede o valor de 250 milhões de dólares anuais, mais de 10% do pressuposto regular anual das Nações Unidas. No caso do tribunal ruandês, o custo médio de cada processo gira em torno de 40 milhões de dólares.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Francisco Antonio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Edições Almedina, 2009, p. 234-235.

¹¹⁰ ONU: CSNU (2000) Resolução 1315. S/RES/1315(2000), de 14 de agosto de 2000, sobre o estabelecimento da Corte Especial para Serra Leoa. Cf. LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 25-26, a CESL foi criada com o intuito de promover a justiça retributiva e restaurativa, mas a falta de planejamento e de coordenação acabou por enfraquecer ambas as formas de justiça.

¹¹¹ ONU: CSNU (1999) Resolução 1272. S/RES/1272, de 25 de outubro de 1999, sobre a situação no Timor Leste.

¹¹² ONU: AGNU (2003) Resolução 228-B. A/RES/57/228 B, de 22 de maio de 2003, sobre o estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Cambodia. Cf. LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p:23 e NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 86, no Cambodia, a política governamental de “reconciliação nacional” compreendeu a concessão de anistias e oportunizou a ausência de responsabilização criminal pelos crimes cometidos durante o regime Khmer Rouge, tanto a nível nacional como internacional. Apenas em 2009, 30 anos após o genocídio, ocorrido entre 1975 e 1979, a comunidade buscou findar esta cultura de impunidade por meio do estabelecimento de um tribunal híbrido, denominado *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC), com o escopo de processar e julgar líderes sobreviventes do Khmer Rouge.

¹¹³ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 152

Consoante ensinamentos de Sikkink, a criação do TPI, um desenvolvimento legal inicialmente refutado pelos cinco membros mais influentes e poderosos do CSNU, representa o cume da “*justice cascade*”¹¹⁴. A proposta de criação de um tribunal penal internacional permanente surgiu no imediato pós-guerra, mas restou paralisada durante todo o íterim da Guerra Fria, voltando a ter lugar na agenda da ONU apenas em 1989, no contexto histórico de consenso internacional que caracterizou o fim deste período. No ano de 1998 foi realizada em Roma a “Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional” e no último dia de conferência, mediante a aprovação do ETPI, foi estabelecido o TPI¹¹⁵.

A despeito das opiniões díspares, a criação de um tribunal penal com jurisdição permanente importa um marco diplomático de proporções históricas para o direito internacional, sobretudo no âmbito da proteção e realização dos direitos humanos, da afirmação da justiça e da consolidação do Estado de direito na ordem internacional, cabendo ressaltar que o objetivo precípua do TPI é impedir que, por razões políticas, interesses econômicos subjacentes ou problemas estruturais das jurisdições internas, perpetradores de crimes internacionais permaneçam impunes¹¹⁶.

2.2. A desejabilidade e a viabilidade da justiça retributiva em contextos transicionais

Ab initio, oportuno mencionar que os sistemas de justiça nacional possuem primazia no julgamento de crimes internacionais e, verdadeiramente, são o meio mais eficaz para a promoção da justiça, uma vez que a realização do procedimento criminal no Estado onde ocorreram as violações facilita o acesso às evidências, vítimas, testemunhas e ao próprio autor do crime, é relativamente mais econômico e, precipuamente, torna o processo mais profundamente conectado com a sociedade, produzindo um efeito psicológico mais intenso sobre a população diretamente afetada. Conquanto, para que tais iniciativas sejam legítimas e profícuas, é imperioso que os processos criminais sejam conduzidos de forma independente, imparcial e não discriminatória, a despeito de quem sejam os alegados

¹¹⁴ SIKKINK, Kathryn. “The Age of Accountability (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 22

¹¹⁵ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “Antecedentes Históricos (...)” *Ob. Cit.*, 2003

¹¹⁶ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma clássico ao 11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 414-416; ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice*. Consigne-se que realizar-se-á uma análise mais detalhada do ETPI no decorrer deste estudo, razão pela qual no presente tópico foram apresentados apenas aspectos históricos e gerais do Tribunal.

perpetradores¹¹⁷. Nessa conjuntura, mencione-se que a Declaração e Programa de Ação de Viena assinala que todos os Estados deverão oferecer um quadro efetivo de medidas para responder às violações de direitos humanos, salientando que um poder judiciário independente e imparcial se faz imprescindível para a concretização plena e não discriminatória dos direitos humanos, para a consolidação da democracia e para o desenvolvimento sustentável¹¹⁸.

Isso posto, questiona-se a desejabilidade e o sentido de instaurar um procedimento criminal antes de levar a cabo uma reforma no sistema judicial que oportunize o cumprimento de todas as garantias processuais internacionalmente reconhecidas e, em particular, assegure a independência do poder judiciário¹¹⁹. Sobre isso, faz-se oportuna a alusão aos estudos de Skaar, a qual preleciona que a independência judicial deve ser analisada a partir de uma distinção entre independência formal (*de jure*) e real (*de facto*). Em sentido estrito, a independência *de jure* supõe garantias e previsões legais ou constitucionais da liberdade e independência dos juízes; a independência *de facto*, por sua vez, pressupõe o respeito às garantias constitucionais previstas, a liberdade de decisão dos juízes frente à interferência do Poder Executivo e às ameaças, subornos ou qualquer forma de pressão indevida exercida por terceiros¹²⁰.

A despeito da assertiva de que a justiça retributiva é mais adequadamente realizada no âmbito de cortes nacionais, a debilidade do Poder Judiciário no rescaldo de um conflito violento, uma guerra civil ou regime autoritário obsta a promoção imparcial e efetiva da justiça. Por essa razão, os tribunais internacionais desempenham um papel determinante na realização da justiça retributiva em contextos transicionais, conforme já se expôs exaustivamente.

Oportuno consignar ainda que a desejabilidade e viabilidade da justiça retributiva em processos transicionais, seja essa realizada nacional ou internacionalmente, depende da

¹¹⁷ RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. *The Forum of First Resort: National Tribunal. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law – Beyond the Nuremberg Legacy*. 3ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.203-204. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 209, a imparcialidade dos tribunais e do procedimento legal, além de ser um pré-requisito da justiça, agrega credibilidade ao intento da justiça retributiva e do processo transicional como um todo.

¹¹⁸ Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, par. 27.

¹¹⁹ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 154.

¹²⁰ SKAAR, Elin. “¿Puede la independencia judicial explicar la justicia postransicional?” *América Latina Hoy*. pp: 15-49, N.61, 2012, p: 19-22

natureza e das idiossincrasias de cada transição¹²¹. Essas podem ser definidas conforme sua *modalidade*, consoante a transição tenha ocorrido por meio da força ou do consenso¹²²; sua *etiologia* endógena ou exógena, de acordo com os fatores internos ou externos que impulsionaram a transição¹²³; e seu *estado jurídico* de continuidade, ruptura ou restauração, conforme o novo sistema legal seja uma continuidade jurídica do antigo regime, reste fundamentado em uma constituição inteiramente nova e sem conexão com o regime anterior ou restaure o sistema legal vigente antes do regime autoritário¹²⁴.

Ademais, é axiomático que a formulação de políticas em períodos transicionais decorre de uma negociação entre elites detentoras de poder¹²⁵, de modo que a inviabilidade de realização de julgamentos penais pode ainda ser atribuída à disparidade de forças entre os atores envolvidos. Sobre isto, Carlos Nino assinala que, historicamente, as transições democráticas, sobretudo as ocorridas na América do Sul, são caracterizadas pela ausência de qualquer investigação ou julgamento dos abusos de direitos humanos cometidos durante o período ditatorial em razão da intrínseca debilidade dessas democracias, que se encontravam sob um constante controle por parte das forças armadas ou de grupos opositores¹²⁶. Tendo em vista a disparidade de poderes e a diminuta capacidade de resposta do sistema legal aos clamores de verdade e justiça, Skaar preleciona que uma devida atenção deve ser dirigida à justiça pós-transicional (*delayed justice*), expressa em forma de juízos

¹²¹ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p: 215.

¹²² Cf. NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 187 e 201-203, quando a transição é coercitiva, um novo balanço de poder contribui de forma positiva para a realização da justiça retributiva, todavia, quando a transição se realiza através de negociações destinadas a lograr consenso, normalmente verifica-se a concessão de anistias a delitos políticos, de modo que a justiça retributiva tem menos possibilidades de êxito. Não restam dúvidas de que as transições alemã, japonesa e portuguesa foram realizadas pela força, enquanto as transições espanhola, uruguaia, brasileira e chilena são casos emblemáticos de transições negociadas que só foram possíveis em razão da concessão de anistias a delitos politicamente motivados.

¹²³ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 187, a título de exemplo mencione-se que os processos transicionais brasileiro, espanhol e chileno foram endógenos, enquanto o alemão, o japonês e o italiano foram exógenos, além de processos transicionais mistos, como o português, o grego e o argentino.

¹²⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 188, quando o novo regime democrático é uma continuidade jurídica do antigo regime autoritário e as violações de direitos humanos estejam protegidas, por exemplo, por uma lei de anistia, verificam-se imensos obstáculos à justiça retributiva, de forma diversa, quando existe um rompimento jurídico completo, o caminho da justiça retributiva se mostra mais simples. Espanha e Chile são exemplos emblemáticos de processos transicionais de continuidade, enquanto Alemanha, Japão e Portugal tiveram transições de ruptura com o antigo sistema legal.

¹²⁵ SKAAR, Elin. “¿Puede la independencia (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 23 e 30.

¹²⁶ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 91

criminais e entendida como um fenômeno distinto dos esforços dirigidos a fazer frente às violações de direitos humanos durante ou imediatamente após a transição¹²⁷.

Feitas essas considerações, oportuno trazer à baila os argumentos favoráveis à persecução penal, evidenciando que a justiça retributiva em períodos transicionais transcende o propósito convencional da punição, promovendo outros objetivos particulares a essas situações¹²⁸. Dentre os diversos argumentos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência que versam sobre o tema em análise, cabe ressaltar que a persecução penal expressa a denúncia pública de comportamentos criminosos; proporciona uma forma direta de responsabilidade para autores de crimes; dissuade futuras violações ao demonstrar que os responsáveis por tais atos não permanecerão impunes; assegura a devida compensação para as vítimas e permite que essas recobrem sua identidade como sujeitos de direitos¹²⁹; promove os direitos humanos e reforça o Estado de direito por meio de seu próprio exemplo, ao garantir um julgamento justo, imparcial e consoante os ditames do devido processo legal¹³⁰; fortalece a confiança da comunidade no Estado e legitima sua autoridade¹³¹; promove uma transformação normativa e estabelece os princípios para uma nova ordem liberal fundamentada no Estado de direito, sustentando sua universalidade e contínua autoridade¹³²; afirma a supremacia dos valores democráticos e logra que a sociedade os compartilhe¹³³; oportuniza a deliberação social e obsta que os responsáveis pelas violações cometidas no passado possam apresentar versões esculpatórias e distorcidas dos fatos¹³⁴; bem como cria uma consciência pública e reforça o consenso moral em relação à inaceitável natureza destes crimes¹³⁵.

Nessa tônica, Magnarella assinala que os tribunais não podem criar democracias ou eliminar problemas econômicos, mas contribuem positivamente para a constituição de uma cultura cívica e política mais humana¹³⁶. Em simetria, Souillac afirma que “*the precondition of accountability for human rights-abusing governments is one of the first steps towards*

¹²⁷ SKAAR, Elin. “¿Puede la independencia (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 26

¹²⁸ Sobre isso: MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma (...)* *Ob. Cit.*, 2006, p: 421 e ss.

¹²⁹ ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 39

¹³⁰ MAGNARELLA, Paul J. “The consequences of the war (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 131-132.

¹³¹ KRITZ, Neil. “Policy Implications of Empirical (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 16

¹³² TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. *Ob. Cit.*, 2000, p: 28

¹³³ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Third Wave: Democratization (...)* *Ob. Cit.*, 1991, p: 215.

¹³⁴ ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”. *California Law Review*, pp. 449-513, v. 78, 1990, p: 508

¹³⁵ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 91

¹³⁶ MAGNARELLA, Paul J. “The consequences of the war (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 138

generating political transition and achieving norm consolidation”¹³⁷. Teitel, por sua vez, preleciona que as experiências pretéritas evidenciam o potencial da justiça retributiva não apenas como instrumento de estabilidade e segurança, mas também como mecanismo de mudança social e de dissuasão para futuras violações¹³⁸.

Em sentido diverso, Barona afirma que existe pouco suporte empírico ou estatístico que permita inferir que a justiça retributiva oportunize algum tipo de mudança nas ideias ou crenças sociais, promova os direitos humanos ou sirva para despersuadir futuros conflitos¹³⁹. Consoante ensinamentos de Carlos Nino, como todo argumento baseado na dissuasão, é altamente questionável em que medida a persecução penal pode efetivamente prevenir a recorrência de violações de direito humanos. Ademais, o risco do castigo tende a prostrar o conflito e pode representar uma ameaça à viabilidade do sistema democrático, uma vez que líderes militares e políticos usualmente se negam a deixar o poder e criam obstáculos à transição por receio das sanções futuras¹⁴⁰. Em suas palavras, “*el valor de las persecuciones puede resultar limitado y debe equilibrarse con la meta de preservar el sistema democrático, lo que se torna aún más razonable cuando nos damos cuenta de que la preservación del sistema democrático es un prerrequisito de esas persecuciones, y su pérdida es un antecedente necesario para las violaciones masivas de derechos humanos*”¹⁴¹. Nessa perspectiva, Machado reitera que, em determinados casos, a justiça retributiva pode revelar-se financeira, institucional, processual e socialmente inviável, em razão do elevado número de perpetradores e de infrações cometidas, bem como politicamente desaconselhável, em virtude de seu potencial desestabilizador¹⁴².

Questiona-se ainda a capacidade da justiça retributiva de responder adequadamente aos problemas decorrentes de episódios patológicos de violência coletiva. Conforme preleciona Arendt, os homens são incapazes de perdoar o que não se pode castigar e incapazes de castigar o que se tornou imperdoável, o que fomenta um sentimento de impotência intrinsecamente relacionado à justiça retributiva no âmbito da violência

¹³⁷ SOUILLAC, Geneviève. “From global norms (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 90

¹³⁸ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 67. No mesmo sentido: ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” *Ob. Cit.*, 1990, p: 509.

¹³⁹ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 91

¹⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 44 e 234

¹⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 286

¹⁴² MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma (...) Ob. Cit.*, 2006, p: 435-436.

coletiva¹⁴³. Em um nível teórico mais amplo, argumenta-se que não é possível estabelecer um equilíbrio entre a magnitude dos crimes perpetrados e as penas a serem impostas, de modo que o castigo não poderá ser considerado justo ou adequado¹⁴⁴.

Uma crítica que merece especial atenção diz respeito à seletividade nas perseguições penais. De fato, uma certa seletividade é inevitável, em razão do profuso número de infrações cometidas, da escassez de recursos disponíveis e do alto custo financeiro e político para implementação e adequado funcionamento dos tribunais. Entretanto, esta “seletividade de caráter paradigmático”, ainda que intrínseca às medidas penais, pode acabar por promover uma mensagem hierarquizada de arbitrariedade, justiça política ou justiça de vencedores, comprometendo assim os objetivos que a justiça retributiva visa consolidar¹⁴⁵. Nesse contexto, Barona assevera que o termo que melhor reflete a vertente retributiva é a arbitrariedade, posto que as perseguições penais são arbitrárias temporalmente, espacialmente e *ratione personae*, em razão da seletividade acerca de quem serão os perpetradores processados e julgados, por quais condutas e sob quais normas, alegando ainda que os esforços internacionais para assegurar a justiça são, em realidade, pálidos substitutos de uma ação preventiva, de modo que a perseguição penal de alguns violadores de direitos humanos reflete, em realidade, compromissos políticos ocultos¹⁴⁶.

Por fim, cumpre mencionar que, a despeito da contundente expansão e imposição da responsabilidade criminal em abstrato, a aplicação da lei e o cumprimento das sentenças proferidas, sobretudo em âmbito internacional, estão muito longe do ideal. Exemplos históricos, como o TPIY e o TPIR, revelam que investigações e perseguições criminais usualmente são acompanhadas de pouca ou nenhuma penalização, uma vez que a ausência geral de custódia sobre o acusado e a falta de controle sobre as evidências acabaram por reduzir significativamente a efetiva aplicação da lei criminal. Nas palavras de Teitel, “*in the transitional criminal sanction, the elements of establishing and sanctioning have become somewhat detached from one another. (...) Thus, in transitional periods, the criminal sanction may be limited to an investigation establishing wrongdoing*”¹⁴⁷.

¹⁴³ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: Chicago University Press, 1958, p: 241 *Apud*. NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 221.

¹⁴⁴ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 71

¹⁴⁵ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 40. Sobre isso, NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 76

¹⁴⁶ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 72 e 121-122

¹⁴⁷ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 47

O problema crucial que perfaz a questão acerca do cumprimento de decisões proferidas por cortes internacionais e estrangeiras refere-se à necessidade de cooperação dos Estados. Os tribunais internacionais têm legitimidade para exercer jurisdição penal em relação às violações graves de direitos humanos, entretanto, não possuem autoridade para executar os atos decorrentes do exercício desse poder, em razão da falta de agentes que trabalhem sob seu mando e sejam habilitados a legitimamente executar ordens em um Estado soberano. Conforme ensinamentos de Cassese, “*they lack an autonomous ‘police judiciaire’ overriding national authorities (...). If the co-operation of States is not forthcoming, these tribunals are paralysed*”¹⁴⁸. No que tange às decisões proferidas por cortes estrangeiras, mencione-se, a título de exemplo, que os processos judiciais fundamentados no princípio da jurisdição universal¹⁴⁹ instaurados no rescaldo das ditaduras latino-americanas, sobretudo na Espanha, mas também na Itália, França, Alemanha, Suíça e Bélgica - objetivando a responsabilização criminal de perpetradores de crimes internacionais protegidos por anistia internas -, culminaram na expedição de centenas de pedidos de extradição e mandados de detenção internacional para militares na América Latina, porém em detenções e convicções muito ocasionais¹⁵⁰.

Acrescente-se ainda que os Estados soberanos tendem a seguir seus interesses a curto-prazo, geralmente em detrimento de interesses gerais da comunidade internacional, bem como propendem a proteger seus nacionais mesmo quando esses tenham infringido valores e direitos fundamentais, sobretudo quando o agente em questão tenha agido em nome do Estado, o que dificulta ainda mais o cumprimento de sentenças proferidas por tribunais internacionais ou estrangeiros e evidencia a necessidade de reconciliar as necessidades do Estado soberano com as demandas da justiça penal internacional¹⁵¹.

Ante o exposto, ultima-se que a implementação de medidas complementares de natureza extrajudicial e não retributiva se faz imprescindível para que se possa articular uma política de justiça transicional ampla e compreensiva¹⁵². Nessa tônica, Malarino preleciona

¹⁴⁸ CASSESE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 269

¹⁴⁹ Consigne-se que o princípio em epígrafe será analisado com maior particularidade no tópico seguinte deste estudo.

¹⁵⁰ SIKKINK, Kathryn. “The Transnational Dimension (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 264. Mencione-se ainda que diversos desses julgamentos só foram possível por França e Itália permitiam a realização de julgamentos *in absentia*.

¹⁵¹ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 446

¹⁵² TPI: *Office of the Prosecutor. Policy Paper on the Interests of Justice*. Setembro de 2007, par: 6 (a). Cf. FLETCHER, Laurel E. “Facing Up to the Past (...)” *Ob. Cit.*, 2007, p: 51, programas de reparação, CVRs, mecanismos de justiça tradicional, memoriais e comemorações públicas, dentre outras medidas, são

que “*es ingênuo ver en el derecho penal un ‘sanalotodo’ de los problemas sociais*”, uma vez que as condições econômicas, sociais e culturais são fatores determinantes para a consecução da paz, da reconciliação social e da democracia, de modo que o direito penal deve ser compreendido como um instrumento subsidiário para lograr os objetivos da justiça de transição¹⁵³.

Qual é então, se é que existe alguma, a lição geral que se pode extrair acerca da conveniência dos juízos criminais para violações graves de direitos humanos em períodos transicionais? A lição axiomática que se infere é que não existe nenhum paradigma geral a ser seguido, posto que a desejabilidade e a viabilidade da justiça retributiva só pode ser depreendida por meio da análise das particularidades de cada situação em concreto¹⁵⁴.

Nesse diapasão e para melhor compreensão do tema, serão abordadas, no próximo tópico, as normas o tópico *infra versa* sobre as normas de direito internacional que condicionam as políticas de justiça transicional e visam, sobretudo, evitar a impunidade de perpetradores de graves violações de direitos humanos.

2.3. O dever do Estado de perseguir e punir crimes internacionais

Desde uma perspectiva histórica, a responsabilização criminal individual por violações de direitos humanos foi objeto central das medidas articuladas pela comunidade internacional após a segunda Guerra Mundial. A promulgação da DUDH, em 10 de dezembro de 1948, e as instâncias internacionais criadas a partir de então converteram a garantia e o respeito aos direitos humanos em um imperativo internacional, o que se refletiu em um amplo processo de normatização e tipificação de novas formas de criminalidade internacional e, posteriormente, na criação de tribunais de caráter supranacional com o escopo de garantir e proteger direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos¹⁵⁵.

Ab initio, impende ressaltar que não existe um conceito unânime e consolidado de crimes internacionais. Posto que o presente estudo tem como objetivo tecer considerações

complementos idôneos à persecução penal, uma vez que reconhecem o dano causado às vítimas e endereçam alguma forma de responsabilidade a perpetradores. Conquanto, necessário salientar que a educação pública e os meios de comunicação em massa, como programas de rádio e televisão, revistas e jornais, também cumprem um papel de elevada importância na consecução dos objetivos da justiça de transição

¹⁵³ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 423, par: 4

¹⁵⁴ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* *Ob. Cit.*, 2015, p: 211

¹⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* *Ob. Cit.*, 2017, p:4, 6 e 42; CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 104; HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht. “Human rights and societies (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 4.

acerca do dever de perseguir e punir crimes internacionais, o conceito, o conteúdo e a definição das diversas infrações que compõem essa categoria não serão abordados detalhadamente. Não obstante, faz-se necessário diferenciar as infrações que constituem crimes internacionais de primeiro grau (também denominados *crimina juris gentium* ou *core crimes*) e as que compreendem crimes internacionais de segundo grau ou crimes transfronteiriços¹⁵⁶.

Consoante ensinamentos de Cassesse, para que uma conduta proibida seja considerada *crimina juris gentium*, faz-se imprescindível a verificação cumulativa de alguns elementos, quais sejam: a conduta deve compreender uma violação grave, massiva e sistemática de direitos humanos e deve ser perpetrada por meio do aparato estatal ou em nome do Estado; a criminalização da conduta decorre de normas de direito consuetudinário que visam a proteção de valores considerados essenciais, de modo que a observância dessas normas é de interesse e responsabilidade de toda a comunidade internacional¹⁵⁷. Nas palavras de Kai Ambos, os crimes internacionais compreendem violações de direitos humanos em grande escala e de natureza sistemática contra toda ou parte da população civil, como componente de uma política deliberada que possui apoio ou tolerância estatal¹⁵⁸.

Sob essa definição - sem prejuízo de entendimentos mais amplos -, para os fins a que se propõe o presente estudo, serão considerados *crimina juris gentium*: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e outras graves violações de direitos humanos internacionalmente protegidos, em relação às quais o direito internacional exige a imposição de pena, tais como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e as execuções extrajudiciais¹⁵⁹.

Feitas essas considerações preliminares, mencione-se que a problemática central, no que tange ao dever de perseguir e punir crimes internacionais reside, sobretudo, na

¹⁵⁶ Cf. CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 24-25., incluem-se na categoria de crimes internacionais de segundo grau as infrações de caráter internacional ou transnacional como o tráfico ilícito de estupefacientes e outras substâncias psicotrópicas, o comércio ilegal de armas, o contrabando de materiais nucleares e outros materiais potencialmente mortais, a lavagem de dinheiro, o comércio de escravos e o tráfico de mulheres, as quais fundamentam-se no direito interno ou no direito internacional convencional e não tutelam bens jurídicos essenciais à comunidade internacional, sendo considerados crimes internacionais em razão de seu modo de execução.. Sobre isso: BARROS, Tomás Soares da Silva. *Fundamento e Alcance do Princípio da Jurisdição Universal*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p: 80.

¹⁵⁷ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 23

¹⁵⁸ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 95

¹⁵⁹ Assinale-se que, no âmbito deste estudo, a expressão “*violações graves, massivas e/ou sistemáticas de direitos humanos*” será utilizada em referência aos crimes internacionais supramencionados.

divergência doutrinária acerca da natureza e do fundamento desse dever. Com o fito de atender à demanda por justiça, a doutrina majoritária advoga que existe um imperativo de direito internacional consuetudinário que impõe aos Estados o dever absoluto - compreendido como um dever geral, corrente e inderrogável - de perseguir e punir violações graves e sistemáticas de direitos humanos, decorrente da gradual conscientização da comunidade internacional no sentido de que se faz imperioso reagir a essas violações pelo meio mais eficaz possível, nomeadamente, a persecução penal e a responsabilização individual de perpetradores. Em sentido diverso, parte menos expressiva da literatura nega a existência de uma norma de âmbito geral que obrigue os Estados a exercer jurisdição penal em relação a todos os crimes internacionais ou agir conforme um determinado fundamento jurisdicional, o que resta corroborado pela prática internacional dos Estados¹⁶⁰.

A fim de elucidar referida discussão, o presente tópico faz alusão aos tratados e convenções internacionais, ao direito internacional consuetudinário, ao princípio *aut dedere aut judicare* e ao princípio da jurisdição universal com o fito de compreender a natureza e os fundamentos da obrigação em epígrafe.

2.3.1. Tratados e convenções internacionais

No âmbito do direito internacional convencional, diversos são os tratados ou convenções que, expressa ou implicitamente, fazem referência ao dever do Estado de perseguir e punir determinados crimes internacionais. Nesse sentido, a Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 expressamente propugna que todas as pessoas que cometam genocídio “*serão punidas*” (*shall be punished*)¹⁶¹. Em simetria, as Convenções de Genebra de 1949 estabelecem que as partes contratantes se comprometem a promulgar a legislação necessária para prover as sanções penais adequadas para aqueles que tenham cometido ou dado ordens para cometer qualquer das infrações graves previstas em referidas convenções. O mesmo conjunto normativo dispõe ainda que os Estados signatários possuem a obrigação de processar tais perpetradores perante seus próprios tribunais ou, se preferirem,

¹⁶⁰ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Comissions” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 693-703. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 698.

¹⁶¹ Nos termos do art. IV, “persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”.

extraditá-los para outra parte contratante interessada em fazê-lo¹⁶². Disposições similares podem ser depreendidas de outros instrumentos convencionais, tais como a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968¹⁶³, a Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid* de 1973¹⁶⁴, a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984¹⁶⁵ e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado de 2006¹⁶⁶.

Os tratados gerais de direitos humanos – aqui compreendidos a DUDH, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a Convenção Europeia de Direitos dos Humanos (CEDH) -, não contêm disposições expressas que prescrevam o dever de perseguir e punir violações de direitos humanos, mas o dever de “respeitar e assegurar” (*respect and ensure*) direitos humanos e liberdades fundamentais¹⁶⁷ e fornecer “recursos efetivos” (*effective remedy*) contra violações de tais direitos¹⁶⁸, sendo certo que a doutrina majoritária advoga que tais

¹⁶² Conforme disposição congênere contida no art. 49 da Convenção (I) de Genebra para Proteção de Soldados Feridos e Enfermos Durante a Guerra Terrestre; no art. 50 da Convenção (II) de Genebra para Proteção de Militares Feridos, Enfermos e Náufragos Durante a Guerra Marítima; no art. 129 da Convenção (III) de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra e no art. 146 da Convenção (IV) de Genebra relativa à Proteção de Civis em Tempos de Guerra, todas de 12 de agosto de 1949. No mesmo sentido, o art. 85 do Protocolo Adicional (I) relativo à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais de 1979 reitera o dever do Estado de reprimir as infrações graves previstas nas referidas convenções. No âmbito das Convenções de Genebra, oportuno consignar que verificam-se entendimentos no sentido de que o dever de perseguir e punir que aqui se faz referência incide apenas a conflitos armados de caráter internacional, posto que o Protocolo Adicional (II) relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais de 1979 não prevê nenhum dever de repressão ou penalização. Não obstante, tal entendimento se mostra equivocado, posto que a delimitação e distinção entre essas formas de conflito acabou por se esvaecer nas últimas décadas, sobretudo em razão da mudança de paradigma no direito internacional de um “*State-sovereignty-oriented approach*” em favor de um “*human-being-oriented approach*”. Sobre isso: AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 90 e ss.

¹⁶³ O preâmbulo da convenção reconhece a que repressão efetiva de referidos crimes é um elemento primordial para sua prevenção e para a proteção de direitos humanos e de liberdades fundamentais.

¹⁶⁴ Conforme dispõe o art. 3º, a responsabilidade penal internacional aplica-se a todos os indivíduos que tenham cometido, participado, incitado ou conspirado para a perpetração de atos descritos como crime de *apartheid*; o art. 4º, por sua vez, preleciona que os Estados signatários da convenção devem adotar as medidas legislativas, judiciais e administrativas necessárias para perseguir e punir pessoas acusadas de cometerem o crime de *apartheid*.

¹⁶⁵ Nos termos do art. 7º, n.1, o Estado no qual se encontre o suspeito de cometer atos de tortura, se não o extraditar, obrigar-se-á a julgá-lo perante seus próprios tribunais.

¹⁶⁶ Consoante prescreve o art. 6º, os Estados devem tomar as medidas necessárias para responsabilizar penalmente quem tenha cometido o crime de desaparecimento forçado. Formulação similar pode ser depreendida do art. 3º Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994.

¹⁶⁷ Cf. art. 1.1 da CADH; art. 2º (1) do PIDCP e art. 1º CEDH; preâmbulo da DUDH.

¹⁶⁸ Cf. art. 25 da CADH; art. 2º (3) do PIDCP; art. 13 CEDH; art. 8º DUDH.

disposições engendram o dever de perseguir e punir graves violações a direitos humanos internacionalmente reconhecidos¹⁶⁹.

Nessa tônica, oportuno sublinhar que o dever de perseguir e punir crimes internacionais decorrente do direito internacional convencional não possui caráter vinculante ou inderrogável, sobretudo ao considerar que a validade e hierarquia normativa desses dispositivos no plano interno dependem da estrutura do ordenamento jurídico nacional¹⁷⁰.

A despeito dessa premissa, argumenta-se que os tratados multilaterais de DIDH e de DIH - os quais são amplamente aceitos pela comunidade internacional e permitem a adesão de qualquer Estado - podem levar à formação de um costume internacional, uma vez que refletem a *opinio juris* e, supostamente, a prática consistente dos Estados. Assim sendo, a existência cumulativa de tratados de caráter universal que contenham, expressa ou implicitamente, a obrigação de perseguir e punir crimes internacionais – pronunciada também por meio da obrigação do Estado de fornecer recursos efetivos às vítimas de direitos humanos -, torna-os uma fonte possível para o surgimento de uma obrigação consuetudinária¹⁷¹.

Em consonância, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) declarou que as convenções multilaterais podem codificar o direito internacional consuetudinário pré-existente, bem como podem lançar as bases para o desenvolvimento de novos costumes fundados nas normas contidas nesses tratados e, nesse sentido, reconheceu que as normas fundamentais estabelecidas nas Convenções de Haia e de Genebra e na Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio constituem princípios inderrogáveis de direito internacional

¹⁶⁹ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...)* Ob. Cit., 1999, p: 74

¹⁷⁰ Cf. SIKKINK, Kathryn. “The Transnational Dimension (...)” Ob. Cit., 2005, p: 271, é importante sublinhar que no sistema monista, usualmente associado ao sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), as normas de direito internacional convencional são automaticamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno; de forma diversa, no sistema dualista, associado ao sistema anglo-saxônico (*common law*), faz-se necessária a incorporação das normas de direito internacional por meio da legislação nacional. Essa característica dos sistemas jurídicos, dentre outras aqui não mencionadas, influencia diretamente o grau de ratificação, incorporação e aplicação de tratados internacionais no âmbito do direito interno. Sobre isso: MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma (...)* Ob. Cit., 2006, p:137-142

¹⁷¹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” Ob. Cit., 1990, p: 491; BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p: 167. A título de exemplo: CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição do Estado – O caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p: 354, assinala que as normas de proteção constantes na DUDH possuem caráter de direito consuetudinário.

consuetudinário e, portanto, vinculam todos os Estados, a despeito de qualquer ratificação convencional¹⁷². Conforme entendimentos da Corte:

*“[T]he Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”*¹⁷³.

“[T]he principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation (...). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope. It was in fact approved on December 9th, 1948, by a resolution which was unanimously adopted by fifty-six States”

¹⁷⁴.

Tecidas essas considerações, depreende-se que as normas de direito internacional convencional não instituem um dever geral, corrente e inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais, mas deveres convencionais de perseguir, punir, reprimir e/ou responsabilizar violações graves e sistemáticas de direitos humanos. Sem embargo, entendimento diverso é inferido se considerar-se que as normas estabelecidas em tratados multilaterais de DIDH e de DIH cristalizaram-se como normas de direito internacional consuetudinário. Nessa tônica, faz-se imprescindível uma análise pormenorizada sobre a natureza e a formação das normas de direito internacional consuetudinário.

2.3.2. O direito internacional consuetudinário

Consoante a inteligência do artigo 38, 1, *b*, do Estatuto da CIJ, o “costume internacional” compreende “*evidence of a general practice accepted as law*”. Em outras palavras, os costumes internacionais referem-se a concepções jurídicas estoicamente estabelecidas que refletem uma prática consistente dos Estados acompanhada de *opinio juris* e consistem em diretrizes imperativas e inderrogáveis que vinculam todos os Estados

¹⁷² Sobre isso: HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 183
MAGNARELLA, Paul J. “The consequences of the war (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 124; CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 302

¹⁷³ CIJ: Opinião Consultiva sobre “*Lagality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, de 8 de julho de 1996, par. 79.

¹⁷⁴ CIJ: Opinião Consultiva sobre “*Reservations to the convention on the prevention and punishment of genocide*”, de 28 de maio de 1951, p. 23.

pertencentes à comunidade internacional, a despeito da ratificação de um tratado¹⁷⁵. Em síntese, depreende-se que a cristalização de uma norma de direito consuetudinário depende da verificação de dois requisitos essenciais, quais sejam, a *opinio juris* e a prática consistente e generalizada dos Estados.

Opinio juris compreende uma consideração generalizada no sentido de que é desejável e apropriada a adoção de uma norma jurídica que traduza uma prática recorrente dos Estados¹⁷⁶. Nas palavras de Byers, “*opinio juris itself represents a diffuse consensus, a general set of shared understandings among States as to the ‘legal relevance’ of different kinds of behaviour in different situations. In short, only that behaviour which is considered legally relevant is regarded as capable of contributing to the process of customary international law*”¹⁷⁷.

A prática consistente dos Estados se faz também imprescindível no processo de formação do costume internacional porque, conforme assinalam Freeman e Pensky, “*the process by which a legal norm is granted customary status is not merely and perhaps not even predominantly legal but ultimately political in nature*”¹⁷⁸. O processo de cristalização de uma norma consuetudinária decorre da aceitação de um dado preceito por parte dos Estados, não apenas como uma opção política entre outras a serem seguidas ou rejeitadas conforme interesses nacionais temporários, mas, de fato, como uma obrigação legal reconhecida que restringe a liberdade de ação política nacional¹⁷⁹.

Assim sendo, cabível a crítica de que o entendimento no sentido de que o dever de perseguir e punir crimes internacionais cristalizou-se como uma norma de direito

¹⁷⁵Sobre isso: MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma (...) Ob. Cit.*, 2006, p: 106 e ss. HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 179-182; FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in International Law” In. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 42-68. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p: 51 e ss.; CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 370; AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 79-80.

¹⁷⁶ Cf. PENSKY, Max. “O status das anistias internas no Direito Penal Internacional” In. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. pp: 76-101. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p: 88, *opinio juris* é o reconhecimento de que os Estados agem em conformidade com um determinado princípio porque reconhecem que são legalmente obrigados a fazê-lo.

¹⁷⁷ BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules (...) Ob. Cit.*, 2004, p: 19. Vide ainda p. 131 da obra em epígrafe, na qual resta transcrito o entendimento da CIJ acerca da formação de costumes no caso *North Sea Continental Shelf* (1969): “*not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it (...) The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation*”.

¹⁷⁸ FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 54

¹⁷⁹ PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 90

consuetudinário não se mostra eloquente, sobretudo, porque a prática dos Estado em relação à concessão de anistias em períodos transicionais demonstra um uso reiterado e crescente desse mecanismo. Nessa perspectiva, Byers assinala que, com frequência, uma *opinio juris* - compreendida como o intento normativo generalizado em relação a determinadas condutas - reiteradamente manifestada por meio de declarações e resoluções acaba por estabelecer uma norma consuetudinária sem muita (ou qualquer) demonstração efetiva de uma prática consistente dos Estados¹⁸⁰.

Em sentido diverso, Roht-Arriaza assinala que a prática consistente dos Estados é um indicador particularmente complexo dos costumes no âmbito dos direitos humanos. Por conseguinte, as cortes e a doutrina internacional acabaram por tornar-se indicadores adicionais da prática internacional para determinar a cristalização de preceitos e normas de direitos humanos e de direito humanitário como costume internacional. Conforme seus ensinamentos:

*“Although the evidence of inconsistent state practice would normally militate against the existence of a customary norm, the International Court of Justice has found that inconsistency carries less weight in the field of human or humanitarian rights. Instead, the court has focused on verbal statements of governmental representatives to international organizations, the content of resolutions and declarations adopted by such organizations, and the consent of states to such instruments. These indicators yield a much clearer pattern of both state practice and opinio juris supporting a customary obligation to investigate and prosecute”*¹⁸¹.

Assente no entendimento supratranscrito, depreende-se que um amplo espectro de fontes pode ser utilizado para constatar e evidenciar a prática generalizada e consistente dos Estados - e a conseqüente cristalização de uma norma consuetudinária -, incluindo tratados e convenções internacionais, decisões jurisprudenciais, entendimentos doutrinários, resoluções e declarações de organizações internacionais, provisões em leis nacionais e declarações de representantes do governo¹⁸². Nessa conjuntura, mencione-se que a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada no âmbito da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, reitera o dever do Estado de perseguir e punir perpetradores de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e de fazer cessar imediatamente tais

¹⁸⁰ BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules (...)* Ob. Cit., 2004, p: 137.

¹⁸¹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” Ob. Cit., 1990, p: 495-496

¹⁸² PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” Ob. Cit., 2011, p: 88

práticas, bem como preconiza que os Estados devem revogar qualquer legislação que conduza à impunidade desses perpetradores, fazendo assim prevalecer os princípios do Estado de direito¹⁸³. De maneira análoga, a CDH da ONU assinala que os Estados devem empreender investigações rápidas, minuciosas, independentes e imparciais de violações de DIDH ou de DIH, bem como adotar medidas apropriadas em relação aos seus supostos autores, sobretudo na esfera da justiça penal, a fim de que esses sejam devidamente processados, julgados e punidos¹⁸⁴.

Sobre essa base, diversos teóricos advogam que o caráter peremptório e inderrogável dos *core crimes* infere uma obrigação imperativa de direito internacional (*jus cogens*) de prevenir, investigar, perseguir e punir referidos crimes, como manifestação do princípio de respeito à dignidade humana, o que implica algumas consequências em relação à tutela judicial efetiva desses crimes¹⁸⁵.

As normas de *jus cogens* foram introduzidas no ordenamento jurídico internacional em 1969, por meio da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que as define como normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, em relação às quais não se permite qualquer derrogação e que só podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza¹⁸⁶. Aludidas normas fundamentam-se na aquiescência da comunidade internacional como um todo em relação à proteção de interesses fundamentais universais, são dotadas de importância e hierarquia superior às demais normas ordinárias desinentes de tratados e do costume e, em razão de sua natureza jurídica, são inderrogáveis e impõem obrigações *erga omnes*¹⁸⁷.

¹⁸³ Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, par: 28, 60 e 62

¹⁸⁴ ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Principle 19.

¹⁸⁵ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 42. Sobre isto: FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” Ob. Cit., 2012, p: 52; ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...)* Ob. Cit., 2011, p: 39; PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” Ob. Cit., 2011, p: 89; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* Ob. Cit., 2017, p: 33 e 42. Cf. BARROS, Tomás Soares da Silva. *Fundamento e Alcance do Princípio (...)* Ob. Cit., 2016, p: 80, considerando-se que as normas de *jus cogens* geram obrigação *erga omnes* e que os crimes internacionais são revestidos da qualidade de normas de *jus cogens*, depreende-se que a persecução penal desses perfaz uma “*exigência de tutela global*”

¹⁸⁶ O art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que “a treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

¹⁸⁷ CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 139-143; FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” Ob. Cit., 2012, p: 52

Nessa tônica, Berdugo Gómez de la Torre assinala os efeitos decorrentes do caráter peremptório das normas de *jus cogens* se produzem inclusive a nível doméstico, como consequência da própria evolução do direito internacional, que passa a ter como objeto não apenas as relações entre Estados, mas também as pessoas individualmente consideradas e, em concreto, seus direitos internacionalmente reconhecidos¹⁸⁸. Assim sendo, um ato administrativo ou legislativo de caráter interno que conflite com uma norma imperativa de direito internacional pode ser declarado ilegítimo e nulo *ab initio*¹⁸⁹. Por conseguinte, o argumento de que o dever de perseguir e punir crimes internacionais constitui uma norma de *jus cogens* tem como consequência necessária a proibição absoluta de concessão de anistias quando estejam em causa perpetradores de crimes internacionais¹⁹⁰.

Saliente-se que o conceito de *jus cogens* não se trata de uma norma em si, mas refere-se à descrição de certas características fundamentais mantidas por determinadas normas que foram elas mesmas desenvolvidas e modificadas através do processo de cristalização de normas consuetudinárias¹⁹¹. Isso posto, não se afigura credível afirmar que o dever de perseguir e punir crimes internacionais configure uma norma de *jus cogens*, uma vez que a concepção de responsabilização criminal individual não constitui um atributo essencial e perene das normas de direito consuetudinário de proteção dos direitos humanos ou de administração da justiça penal, mas uma compreensão emergente e, ainda, em cristalização.

Isso posto, oportuna transcrição dos ensinamentos de Kai Ambos, o qual preleciona que a prática estatal consistente e generalizada dos Estados constitui o fundamento da *opinio juris*, de modo que corresponde àquela a primazia na cristalização de normas consuetudinárias. Assim sendo, encontram-se dificuldades para justificar deveres de castigo quando, na prática, verifica-se uma “impunidade” generalizada em casos de violações de direitos humanos. A cristalização desse dever como costume internacional só pode ser justificada por meio de uma redefinição do próprio conceito de prática estatal e a substituição de seu conteúdo original – definido por meio da realidade – por um conteúdo novo, que originalmente era entendido como *opinio juris*, qual seja, a conduta de órgãos representativos e organismos internacionais, as decisões e opiniões desses mesmos

¹⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* Ob. Cit., 2017, p:41

¹⁸⁹ CASSESSE, Antonio. *International Law*. Ob. Cit., 2001, p: 145 e 262

¹⁹⁰ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” Ob. Cit., 2002, p: 697

¹⁹¹ BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules (...)* Ob. Cit., 2004, p: 195

organismos e de tribunais internacionais, ou ainda uma determinada prática contratual ou documental. Não obstante, esse entendimento inverte os fundamentos originais do direito internacional consuetudinário e propõe a criação de normas consuetudinárias com base em declarações e concepções oficiais, conduzindo a uma desvalorização ou simplesmente ignorância da prática estatal¹⁹².

Os argumentos retro mencionados evidenciam que existe uma *opinio juris* consolidada a respeito de um dever consuetudinário de perseguir e punir crimes internacionais. A divergência de entendimentos reside, portanto, no conteúdo do conceito de prática estatal. Considerando-se que a prática generalizada e consistente dos Estados é definida conforme a realidade fática, o aumento no número de anistias internas concedidas nas últimas décadas do século XX afigura-se como um obstáculo à cristalização de referida norma como um costume internacional. De modo diverso, considerando-se que os tratados internacionais em matéria de DIDH e de DIH, a jurisprudências de cortes internacionais, os entendimentos doutrinários e as resoluções e declarações de organizações internacionais definem a prática generalizada e consistente dos Estados, depreende-se que o costume internacional impõe aos Estados o dever geral e inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais.

2.3.3. O princípio *aut dedere aut judicare* e a jurisdição universal

Conforme assinala Stamatios Tzitzis, os crimes internacionais não constituem apenas um crime contra um indivíduo, um conjunto de indivíduos ou uma raça, mas sim um crime contra toda a humanidade na sua qualidade de homem - abstrato e universal - e na sua dignidade¹⁹³, de modo que existe um interesse universal em reprimi-los, o que reflete a ideia de que as exigências de justiça impostas pelo direito internacional devem prevalecer sobre o respeito à soberania do Estado¹⁹⁴. Destarte, a soberania nacional não pode ser utilizada como argumento para obstar a prevenção e repressão de graves violações de direitos humanos,

¹⁹² AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...)* Ob. Cit., 1999, p:81-83

¹⁹³ Cf. TZITZIS, Stamatios. “Direitos do Homem (...)” Ob. Cit., 2003, p: 162 e ss, o núcleo dos crimes internacionais não diz respeito meramente à violação dos direitos do homem, mas trespassa a essência do ser; mais do que visar a destruição do ser, nega o humano como essência do indivíduo. Ademais, os crimes internacionais não são eventos isolados ou esporádicos, ao contrário, são condutas que fazem parte de uma política de governo e uma prática sistemática de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou até mesmo incentivadas por uma autoridade.

¹⁹⁴ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law*. Ob. Cit., 2003, p: 315; ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 37

uma vez que essa reside no povo e se exerce para garantir seus direitos, não para impor uma determinada vontade que visa eludir a responsabilidade de perpetradores e fundamenta-se em uma soberania deturpada e ilegalmente assumida¹⁹⁵.

A doutrina majoritária advoga que existe uma obrigação geral de cooperação internacional para prevenção e repressão de *crimina juris gentium*, a qual pode ser cumprida por meio do exercício do poder punitivo concreto ou mediante a extradição dos perpetradores de crimes internacionais¹⁹⁶. Nessa tônica, cabível a análise do princípio *aut dedere aut judicare* e da jurisdição universal, os quais, embora muito semelhantes, possuem alcance e fundamentos distintos.

O princípio *aut dedere aut judicare* - positivado em diversos tratados multilaterais ratificados com o intuito de assegurar a cooperação internacional para a repressão de crimes especialmente graves - consiste essencialmente no dever do Estado que tem jurisdição sobre qualquer agente que tenha cometido um crime de significância internacional realizar o devido julgamento ou extraditar o ofensor para outro Estado que esteja preparado e disposto a fazê-lo¹⁹⁷. Conforme preleciona Caeiro, o princípio em epígrafe determina que é dever do Estado “*conceder a extradição dos agentes de crimina juris gentium praticados fora do território estatal, mas que aí sejam posteriormente encontrados, ou, caso a extradição deva ser recusada, proceder ao seu julgamento com base em qualquer regra de aplicabilidade disponível no foro*”¹⁹⁸.

Assim sendo, a obrigação de julgar crimes internacionais que aqui se faz referência é meramente subsidiária de uma extradição negada, de modo que o princípio *aut dedere aut judicare* não fundamenta ou caracteriza um dever geral e autônomo de direito internacional consuetudinário, mas constitui apenas uma cláusula convencional estabelecida em tratados voltados à cooperação internacional¹⁹⁹. Não obstante, a doutrina majoritária reconhece o

¹⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* Ob. Cit., 2017, p:51

¹⁹⁶ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...)* Ob. Cit., 2010, p: 382; CASSESSE, Antonio. *International Law*. Ob. Cit., 2001, p: 265

¹⁹⁷ BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p: 3. Em suas palavras: “*The expression aut dedere aut judicare is commonly used to refer to the alternative obligation to extradite or prosecute which is contained in a number of multilateral treaties aimed at securing international cooperation in the suppression of certain kinds of criminal conduct. (...) [E]ssentially it requires a state which has hold of someone who has committed a crime of international concern either to extradite the offender to another state which is prepared to try him or else to take steps to have him prosecuted before its own courts*”. Sobre isso: ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual (...)* Ob. Cit., 2009, p. 147.

¹⁹⁸ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...)* Ob. Cit., 2010, p: 382.

¹⁹⁹ Sobre isso: CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...)* Ob. Cit., 2010, p: 383; BARROS, Tomás Soares da Silva. *Fundamento e Alcance do Princípio (...)* Ob. Cit., 2016, p: 90.

caráter inderrogável do princípio em questão quando estejam em causa *crimina juris gentium*, em razão, sobretudo, da natureza de *jus cogens* desses crimes, o que os torna uma matéria de ordem pública internacional e, portanto, de observância obrigatória por todos os Estados da comunidade internacional²⁰⁰.

Tendo em vista os posicionamentos supramencionados, infere-se que a obrigação de julgar perpetradores de crimes internacionais praticados fora do território estatal, mas que se encontrem sob sua jurisdição, só se faz imperativa quando o Estado recusa um pedido de extradição. Ademais, a assertiva de que o princípio *aut dedere aut judicare* é dotado de obrigatoriedade em relação aos *core crimes* - ou seja, produz efeitos independentemente de qualquer previsão convencional - não significa dizer que um Estado tenha o dever geral e inderrogável de processar um indivíduo acusado de perpetrar um crime internacional que se encontre em seu território, mas em relação ao qual não tenha sido negado um pedido de extradição e tampouco sejam aplicáveis os princípios jurisdicionais da territorialidade, da nacionalidade, da personalidade passiva e da segurança nacional. Em resumo, depreende-se que o princípio *aut dedere aut judicare*, visto como uma norma imperativa em relação aos *core crimes*, visa evitar que perpetradores de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos possam se escusar de sua responsabilidade penal refugiando-se em Estados que não são signatários de acordos de cooperação e que tampouco realizariam sua persecução penal, mas não fundamenta uma norma consuetudinária e inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais.

O princípio da jurisdição universal, de modo diverso, designa que qualquer Estado tem a faculdade de processar e julgar supostos perpetradores de crimes internacionais, independentemente de qualquer vínculo territorial ou de nacionalidade, com fundamento na premissa de que a proteção de direitos humanos não integra o *domaine réservé* dos Estados, mas encerra um interesse comum de toda a comunidade internacional. Por conseguinte, a persecução penal de perpetradores de crimes internacionais embasada no princípio da jurisdição universal não configura uma ingerência nos assuntos internos ou uma afronta à soberania nacional²⁰¹.

²⁰⁰ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual (...) Ob. Cit.*, 2009, p.148. No mesmo sentido: CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...) Ob. Cit.*, 2010, p: 379 e ss.; BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare (...) Ob. Cit.*, 1995, p: 43 e ss.

²⁰¹ CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 145 e 261. A título de informação, oportuno consignar que alguns autores pronunciam-se no sentido de que se faz necessário que o fato ou a situação apresentem alguma conexão com o Estado a exercer a jurisdição penal – nacionalidade do autor, nacionalidade

Consoante ensinamentos de Pinsky, existe um crescente consenso jurisprudencial e doutrinário no sentido de que as anistias domésticas para violações graves e sistemáticas de direitos humanos não possuem validade perante o direito internacional e, portanto, não impedem o exercício da jurisdição universal²⁰². Sob essa perspectiva, depreende-se que, uma vez que não existe atualmente uma norma consuetudinária consolidada que proíba a concessão de anistia para crimes internacionais, um Estado que decida pela promulgação de uma lei de anistia não o faz em desrespeito aos preceitos do direito internacional²⁰³. Não obstante, se o tribunal de um terceiro Estado que detenha o indivíduo autor de crimes internacionais decidir por processá-lo e julgá-lo, com fundamento na jurisdição universal, ainda que em seu Estado nacional ele se beneficie de uma anistia, tal prática tampouco mostrar-se-á contrária ao direito internacional geral ou aos princípios da soberania dos Estados e da não ingerência em assuntos internos²⁰⁴.

Mencione-se que existe uma flagrante divergência de opiniões na doutrina sobre o caráter mandatório ou meramente permissivo do princípio em análise, o que pode vir a caracterizar um dever consuetudinário de perseguir e punir crimes internacionais.

Consoante ensinamentos de Kai Ambos, o reconhecimento dos direitos humanos como normas de *jus cogens* e da correspondente obrigação *erga omnes* dos Estados de respeitar e promover tais direitos impeliu a universalização do conceito clássico de “proteção diplomática” e importou uma justificativa à jurisdição universal, a qual, por sua vez, assinala um dever de penalização para crimes internacionais²⁰⁵. Em simetria, Cairo preleciona que “a presença do agente de crimina juris gentium no território do foro constitui um limite

das vítimas, presença do perpetrador no território do foro -, recusando a validade jurídica de uma universalidade absoluta e incondicionada (*in absentia*). A diferença entre a jurisdição universal condicionada ou incondicionada reside na delimitação dos Estados que podem exercer a jurisdição universal sobre *crimina juris gentium*. Sobre isso: CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...) Ob. Cit.*, 2010, p: 385 e ss

²⁰² PINSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 82

²⁰³ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 699. Mencione-se que a CESL declarou que a anistia prevista no Acordo de Lomé não configuraria uma barreira à persecução penal dos crimes sob sua jurisdição. Entretanto, fez uma ressalva no sentido de que a concessão de anistia para crimes de *jus cogens* não configura, *per se*, uma violação do direito internacional, uma vez que não uma há obrigação geral que impeça os Estados de conceder anistia a crimes internacionais. Ressalte-se que a questão da validade das anistias perante o direito internacional será abordada com mais profundidade no último tópico deste estudo.

²⁰⁴ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 315. O exemplo mais emblemático de aplicação da jurisdição universal a despeito de uma lei de anistia interna é o caso do ex-ditador chileno Augusto Pinochet. O caso retro mencionado já recebeu extensiva atenção por parte de estudiosos de diversas áreas do conhecimento, de modo que não há necessidade de reproduzir no presente estudo os detalhes políticos e legais do caso.

²⁰⁵ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 106

positivo da jurisdição judicativa universal, obrigando o Estado a instaurar o competente procedimento penal (salvo se optar pela sua extradição para um foro mais conveniente)”²⁰⁶.

Em sentido diverso, Cassesse argumenta que o princípio da jurisdição universal permite a persecução em Estados terceiros, todavia não cria uma obrigação²⁰⁷. Em suas palavras, “*although there are few international treaties providing for the so-called universal jurisdiction (...), it seems difficult to prove the emergence of a customary rule imposing international obligations to prosecute and try or extradite. State practice supporting a contention to this effect is lacking*”²⁰⁸. Mencione-se ainda que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) assinala que os Estados têm o direito de conferir aos seus tribunais nacionais jurisdição universal em matéria de violações de DIH, posicionamento esse que reflete a ideia de que esse princípio outorga um direito aos Estados, mas não lhes impõe um dever inderrogável²⁰⁹.

Tendo em vista as considerações tecidas nos tópicos supra, para fins de conclusão, relevantes os ensinamentos de Greco, no sentido de que não existe um preceito de direito internacional que fundamente um dever absoluto e inderrogável de perseguir e punir violações graves e sistemáticas de direitos humanos. Com efeito, o dever imperativo de promover e respeitar os direitos humanos fundamentais impõe aos Estados o dever de prevenir e reprimir crimes internacionais, entretanto, esse dever é relativo, uma vez que a punição do perpetrador não visa assegurar a proteção dos direitos violados, mas prevenir a ocorrência de novos crimes e tutelar direitos futuros. Ademais, considerando-se que a justiça retributiva contribui para o combate à impunidade, a obrigação em epígrafe traduz-se em um “dever meio para alcançar um fim” e, como tal, deve necessariamente ser condicionado. Nesses termos, um acordo que obste o exercício da jurisdição penal e implemente mecanismos alternativos que melhor contribuam para a promoção da paz, da reconciliação e da verdade cumpre o dever de proteger direitos fundamentais futuros, finalidade última da

²⁰⁶ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...) Ob. Cit.*, 2010, p: 405-406

²⁰⁷ Cf. CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 263, o entendimento de que o exercício da jurisdição universal é meramente permissivo pode ser depreendido ainda da sentença proferida pela CIJ no caso *Lotus*, em 1972, no sentido de que “*states are free to exercise their criminal jurisdiction over acts performed outside their territory, whenever no specific international limitations (provided for either in treaties or in customary rules) restrict such freedom*”.

²⁰⁸ CASSESSE, Antonio. *International Law. Ob. Cit.*, 2001, p: 264

²⁰⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 212, *Rule 157*.

persecução penal²¹⁰. Em simetria, Carlos Nino afirma que utilizar a punição como meio para prevenir violações futuras, como parte de sua justificação moral, permite ao Estado realizar considerações estratégicas que assegurem a estabilidade do sistema democrático, usualmente fragilizado²¹¹.

Ademais, oportuno consignar que, a despeito da existência ou não de um dever imperativo de perseguir e punir crimes internacionais, o “silêncio” da justiça internacional advém, sobretudo, do *gap* entre os preceitos e normas de direito internacional e as realidades fáticas, usualmente caracterizadas pela instabilidade política e jurídica e pela falta de recursos econômicos e humanos. Nas palavras de Cassesse, “[t]he astounding ‘silence’ of international criminal justice has once again brought to the fore one of the typical flaws of the present world community: the gulf between normative values and harsh realities, in other words the fact that the rich potential of international legal standards is not matched by their implementation”²¹².

2.4. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Na década de 1970, a instabilidade política dos países localizados no Cone Sul provocou o desencadeamento de inúmeros golpes de Estado, sob o pretexto de garantir a “segurança nacional” frente aos movimentos de guerrilhas de esquerda que emergiram na região. Os regimes militares que se instituíram nesses países diferiam-se em sua forma de abordar questões econômicas e sociais, mas resultaram similares em alguns aspectos, sobretudo porque, para combater a oposição política ou intelectual e consolidar seu poder, utilizaram-se do aparato repressivo do Estado para criar um terror generalizado, torturaram, encarceraram sem juízo prévio, assassinaram e fizeram desaparecer forçadamente inúmeras pessoas, negando aos cidadãos a mais básica dignidade humana²¹³. Após a onda de

²¹⁰ GRECO, Luis. Palestra realizada no Simpósio Internacional sobre “Justicia transicional y Derecho penal internacional. Dimensiones filosófica y jurídica”, Panel 1. Tema: Fin de la pena en la Justicia Transicional, em 08 de março de 2017, na Universidad de Antioquia (Medellín – Colombia).

²¹¹ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* Ob. Cit., 2015, p: 44

²¹² CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 446. Consigne-se que sociedades desestruturadas em termos institucionais e humanos geralmente não possuem condições de implementar e custear tribunais penais, de modo que, ainda que não haja uma anistia *de jure*, acaba-se por conceder anistias *de facto*. Ademais, a ausência de persecuções penais que geralmente se observa em contextos transicionais é abordada pelos Estados não como uma violação de deveres internacionais, mas como o único meio para manter a paz e a estabilidade democrática. Um estudo mais aprofundado desses argumentos será realizado no decorrer desse estudo.

²¹³ Sobre isso: NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* Ob. Cit., 2015, p: 92; MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” Ob. Cit., 2009, p: 416, par: 1

democratização que ocorreu na região entre o final de 1970 e início de 1980 e diante da total omissão e displicência dos Estados em responder aos crimes perpetrados durante os regimes ditatoriais, diversos casos de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos foram submetidos à CIDH, a qual se manifestou acerca das obrigações do Estado perante o direito internacional. Com o fito de abordar tais obrigações, analisar-se-á no decorrer deste estudo sentenças proferidas pela CIDH em casos emblemáticos no âmbito da justiça transicional, quais sejam: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*²¹⁴; *caso Barrios Alto vs. Perú*²¹⁵; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*²¹⁶; *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*²¹⁷; *Caso*

²¹⁴ CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, N.04. Referida sentença se faz de primordial importância para a temática em pauta, uma vez que foi a primeira manifestação da Corte, no ano de 1988, sobre as obrigações do Estado em situações transicionais. É o contexto fático dos autos: Em 12 de setembro de 1981, Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudante da Universidade Autônoma de Honduras, foi acusado de ter cometido delitos políticos e ilegalmente detido pela força de segurança hondurenha; posteriormente, foi submetido a interrogatórios mediante tortura, restando seu paradeiro desconhecido. O governo hondurenho negou a detenção do jovem e silenciou-se quando requerido a apresentar informações. O caso foi remetido à CIDH a fim de determinar a responsabilidade internacional de Estado de Honduras pela violação do direito à vida, liberdade e integridade física de Velásquez Rodríguez, como consequência de sua detenção arbitrária e desaparecimento, levadas a cabo com a participação ou, ao menos, tolerância do governo.

²¹⁵ CIDH: *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*. Sentença de 14 de março de 2001, Série C, N.75. Os fatos que deram origem ao presente caso ocorreram em 3 de novembro de 1991, quando seis membros do exército pertencentes ao grupo Colina (“esquadrão da morte” organizado pelo Serviço de Inteligência Nacional do Peru) adentraram em um edifício localizado em uma região conhecida como *Barrios Alto de la ciudad de Lima* durante a realização de um evento para arrecadar fundos para a restauração do edifício e efetuaram diversos disparos, ocasionando a morte de 15 pessoas e deixando outras 4 gravemente feridas. Posteriormente, em razão da lei de anistia promulgada pelo Congresso peruano (Lei n. 26.479/95), a qual exonerou de responsabilidade militares, policiais e civis que tivessem cometido violações de direitos humanos por ocasião ou como consequência da luta contra o terrorismo no íterim de 1980 e 1995, não foi realizada qualquer investigação efetiva em relação aos atos praticados. Nesse contexto, a decisão proferida pela CIDH pronunciou-se quanto à responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos cometidas por parte de agentes militares, bem como a ausência de investigação e sanção dos responsáveis. Mencione-se ainda que a decisão em comento foi a primeira jurisprudência internacional a conferir ilegalidade a uma lei de anistia.

²¹⁶ CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentença de 1 de julho de 2006, Série C, N.148. Os fatos do presente caso se contextualizam na cidade de Ituango, região na qual o incremento do poder de guerrilhas e grupos armados dissidentes resultou no aumento de atividades paramilitares ou de “autodefesa”. Em 11 de junho de 1996, cerca de 22 membros de um grupo paramilitar assassinaram um grupo de moradores da aldeia de La Granja, Ituango. Não obstante os recursos judiciais interpostos, não foram realizadas maiores investigações e, tampouco, a responsabilização dos eventuais culpados. Além disso, entre 22 de outubro e 12 de novembro de 1997, outra invasão paramilitar teve lugar em El Aro, durante a qual 30 homens armados torturaram e mataram um grupo de pessoas, bem como subtraíram entre 800 e 1200 cabeças de gado. Finalmente, antes de retirarem-se de El Aro, os paramilitares destruíram e incendiaram grande partes das casas do local. Nesse contexto, o caso foi remetido à CIDH a fim de determinar a responsabilidade internacional do Estado por atos de tortura e assassinato de moradores do município de Ituango, bem como a falta de investigação para esclarecer os fatos e sancionar os responsáveis.

²¹⁷ CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentença de 4 de julho de 2007, Série C, N.166. O presente caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado equatoriano pela execução extrajudicial de Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña e José Miguel Caicedo Cobeña. Os fatos tiveram lugar em 6 de março de 1993, durante uma operação conjunta realizada pelas forças armadas e pela polícia nacional em uma zona suburbana da cidade de Guayaquil com o propósito de capturar delinquentes, narcotraficantes e

*Gomes Lund y otros vs. Brasil*²¹⁸; e *Caso Gelman vs. Uruguai*²¹⁹.

É consenso na doutrina e jurisprudência internacional que não existe um modelo único aplicável a todos os processos de justiça de transição, sendo certo que cada procedimento apresenta idiossincrasias próprias, variáveis conforme as circunstâncias locais. Todavia, de modo paradigmático, a jurisprudência da CIDH concernente à temática em análise assinala que o Estado assume quatro obrigações fundamentais, decorrentes de direitos internacionalmente reconhecidos às vítimas de graves violações de direitos humanos, quais sejam: *a)* adotar medidas razoáveis para prevenir a recorrência de violações de direitos humanos, em razão do direito de não repetição; *b)* conduzir uma investigação séria que permita a elucidação das violações perpetradas, em consonância com o direito à verdade; *c)* dispor de um aparato legal que possibilite a responsabilização dos agentes que tenham praticado as violações, em simetria com o direito à justiça; *d)* garantir a reparação das vítimas e, quando possível, o restabelecimento do direito violado, como corolário do direito à reparação²²⁰.

terroristas, na qual as três vítimas supramencionadas foram assassinadas por disparos efetuados por membros das forças armadas, em frente a suas esposas e filhos. Mencione-se que, a despeito da interposição de uma série de recursos judiciais, até a prolação da sentença pela CIDH, não haviam sido realizadas maiores investigações acerca dos fatos.

²¹⁸ CIDH: *Caso Guerrilha do Araguaia (Gomes Lund y otros vs. Brasil)*. Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C, N.219. O caso em epígrafe refere-se à responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia pertencentes ao movimento de resistência denominado Guerrilhas do Araguaia, resultado de operações do exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo erradicar essa guerrilha, no contexto do regime militar que governou o Brasil no interím de 1964 a 1985. Nessa conjuntura, o caso foi submetido à CIDH porque, em virtude da lei de anistia (Lei n. 6.683/79) e de outras medidas administrativas e legislativas adotadas pelo Estado, obteve-se a investigação dos fatos e a persecução penal dos responsáveis, o que restringiu indevidamente o direito de acesso à justiça, à informação e à verdade e afetou direta e negativamente a integridade pessoal dos familiares das vítimas.

²¹⁹ CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Serie C, N.221. Em 24 de agosto de 1976, no âmbito da denominada “Operação Condor”, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli e seu marido, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, em Buenos Aires por militares uruguaios e argentinos. Quando da privação da liberdade, María Claudia tinha 19 anos de idade e se encontrava em um avançado estado de gravidez. Após o nascimento, a recém-nascida foi subtraída de sua genitora e ilicitamente entregue a um policial uruaio e sua esposa, que a registraram como sua própria filha e lhe deram o nome de María Macarena Tauriño Vivian. Em 1999, após contato de seu avô paterno, Juan Gelman, María Macarena tomou conhecimento dos fatos e intentou as ações judiciais pertinentes para recuperar sua verdadeira identidade. Diante da total ausência de respostas por parte do Estado uruaio, o caso foi submetido à CIDH a fim de determinar responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento forçado de María Claudia García e pela supressão e substituição de identidade de María Macarena. Oportuno mencionar que, quando da prolação da sentença pela CIDH, o Estado uruaio não havia tido qualquer avanço significativo na investigação do desaparecimento de María Claudia García e nenhuma pessoa havia sido formalmente acusada.

²²⁰ Sobre isso: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...) Ob. Cit.*, 2017, p:28. BICKFORD, Louis. *The Encyclopedia of Genocide (...) Ob. Cit.*, 2004, p: 1045; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 109

Ab initio, cumpre mencionar que todo Estado detém a obrigação jurídica de “respeitar, garantir e promover o livre e pleno exercício de direitos fundamentais”. Esse preceito constitui o fundamento genérico da proteção dos direitos humanos e resta previsto nos principais instrumentos convencionais que, tendo caráter universal ou regional, aprimoram o reconhecimento e salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais²²¹.

O dever geral de assegurar e promover o livre e pleno exercício de direitos humanos acarreta a responsabilidade do Estado de implementar um aparato jurídico que impeça qualquer ameaça a direitos fundamentais, estabeleça um sistema de justiça efetivo e salvaguarde o direito de acesso às condições que garantam uma existência digna²²². Ressalte-se que, conforme entendimento proferido pela CIDH, referida obrigação não resta satisfeita pela mera existência de uma ordem normativa que preveja e oportunize a proteção e promoção de direitos humanos fundamentais, fazendo-se necessária a adoção de uma conduta governamental que assegure a efetiva garantia de livre e pleno exercício desses direitos (princípio de *effet utile*)²²³. Consoante o entendimento da Corte:

*“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*²²⁴.

Conforme assinala a decisão retro transcrita, a primeira obrigação assumida pelo Estado é a de “prevenir violações de direitos humanos”. O dever de prevenção abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo, social e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e assegurem que as eventuais violações sejam efetivamente consideradas. Oportuno mencionar que não se faz possível a enumeração

²²¹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” *Ob. Cit.*, 1990, p: 467 e ss. A título de exemplo, mencione-se: art. 2.1 do PIDCP, art. 1 da CEDH, art. 1 da CADH e art. 1 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

²²² CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par: 81.

²²³ CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par: 56 e 79; CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 167

²²⁴ CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 166. Veja-se também: CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par: 130.

detalhada dessas medidas, uma vez que essas são variáveis conforme o direito violado e as idiossincrasias próprias de cada Estado²²⁵.

Consigne-se ainda que o dever de prevenção culmina em uma necessária restrição ao exercício do poder estatal e acarreta a responsabilidade internacional do Estado quando esse não procede com a devida diligência, omite-se ou aquiesce aos atos praticados. Segundo o entendimento da CIDH, a princípio, são imputáveis ao Estado as violações de direitos humanos perpetradas por meio de um ato do poder público ou por uma pessoa investida de poderes de caráter oficial; não obstante, uma infração que não resulte diretamente imputável ao Estado - por exemplo, por ser ação de um particular ou por não restar identificado o autor da conduta - pode suscitar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo fato em si, mas pela omissão ou falta de diligência no tocante à prevenção, respeito e garantia de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos²²⁶.

O dever de “investigar, julgar e sancionar violações de direitos humanos”, assim como o dever de cooperar com outros Estados ou órgãos judiciais apropriados para persecução da justiça internacional, consiste em uma norma de construção jurisprudencial elaborada a partir de um conjunto de distintos tratados internacionais e normas de *jus cogens* e configura uma das medidas positivas que devem ser adotadas pelo Estado para garantir o livre exercício de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos²²⁷. Nesse diapasão, a CIDH assinala que a ausência de uma investigação adequada ou de uma sanção efetiva configura uma violação da obrigação do Estado de garantir e promover direitos fundamentais, uma vez que impede a sociedade de conhecer a verdade em relação aos fatos, reproduz as condições de impunidade e, por conseguinte, oportuniza a repetição crônica de violações de direitos humanos e o total desamparo às vítimas e seus familiares²²⁸.

Ademais, oportuno mencionar que a CADH determina que os Estados possuem a obrigação de fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direito humanos,

²²⁵ CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 175

²²⁶ CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par: 132; CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 172 e 173, no qual consta que “en definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación de derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos”. Sobre isso: PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 108

²²⁷ CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, par: 183 e 184. Sobre isso: ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 5 e 12; ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 12

²²⁸ CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par: 124; CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par: 299

consoante as regras do devido processo legal internacionalmente reconhecidas²²⁹. O direito a um recurso efetivo, previsão legal comum à maioria de instrumentos de direitos humanos²³⁰, compreende a exigência de que o Estado disponha de um órgão de julgamento competente para ouvir e decidir sobre as reivindicações das vítimas e da sociedade como um todo, bem como a disponibilidade de um recurso judicial perante tais órgãos quando se verificarem violações de direitos humanos²³¹. Conforme entendimento da CIDH, referido dever resta violado nas hipóteses em que, *inter alia*, as investigações mostrem-se incompletas, descuidadas ou em desacordo com as garantias judiciais previstas, a duração razoável do processo seja desrespeitada, ou ainda, não se verifique qualquer resultado efetivo decorrente do processo, de modo que a responsabilidade do Estado no que tange à obrigação de fornecer acesso efetivo à justiça deve ser estabelecida mediante uma avaliação da efetividade da investigação realizada para a determinação da verdade, a sanção dos responsáveis e a reparação das vítimas²³².

Consigne-se ainda que o dever de perseguir e punir *crimina juris gentium* estabelece limitações às faculdades do poder judiciário, legislativo e executivo no que tange à concessão de anistias e indultos, bem como na determinação de regras de prescrição em relação a esses crimes²³³. Sobre isso, a CIDH reitera seu juízo constante no sentido de que as disposições de anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade que tenham como objetivo impedir a investigação e sanção de responsáveis por graves violações de direitos humanos são inadmissíveis e sem efeitos jurídicos perante o direito internacional, uma vez que se mostram contrárias a preceitos internacionais inderrogáveis, violam o direito à

²²⁹ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 134. Nos termos dos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, bem como o direito a um recurso fácil e rápido perante os tribunais.

²³⁰ A título de exemplificação, mencione-se: o art. 2 (3) do PIDCP dispõe que é dever do Estado fornecer um remédio efetivo às vítimas de violações de direitos humanos, ou seja, o efetivo acesso à justiça; o art. 8 da DUDH assinala que todos têm o direito a um recurso efetivo perante um tribunal nacional competente em relação aos atos que violem direitos fundamentais reconhecidos interna ou internacionalmente; e o artigo 13 da CEDH dispõe que todos os que tenham direitos e liberdades fundamentais violados possuem o direito a um recurso perante uma autoridade nacional, não obstante a violação tenha sido perpetrada por um indivíduo investido de capacidade oficial.

²³¹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” *Ob. Cit.*, 1990, p: 479

²³² CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par: 285 e ss; CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, par: 141 e 191. *Cf.* consta no par. 184 de referida decisão, o dever de investigar consiste em uma obrigação de meio e não de resultado, a qual deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade ou uma mera gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares

²³³ ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 53

proteção judicial efetiva, impedem a persecução e sanção dos responsáveis, obstruem o esclarecimento dos fatos e a devida reparação das vítimas e, por conseguinte, obstam a realização plena, oportuna e efetiva da justiça, favorecendo a arbitrariedade e afetando seriamente os princípios basilares do Estado de direito²³⁴. A Corte assevera ainda que o fato de uma lei de anistia ser aprovada em um regime democrático e ratificada com o respaldo social não lhe concede, *per si*, legitimidade perante o direito internacional²³⁵.

Oportuno salientar que o direito à verdade, reconhecido pelo direito internacional e expressamente previsto na CADH²³⁶, encontra-se subsumido ao direito das vítimas e de seus familiares de obter dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento das violações cometidas e a determinação das responsabilidades correspondentes, por meio da investigação dos fatos e julgamento dos supostos perpetradores²³⁷. Nesse diapasão, a CIDH assinala que as CVRs podem contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento dos fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas. Entretanto, a verdade histórica que se logra por meio desses mecanismos não deve ser compreendida como substituta do dever do Estado de investigar e determinar judicialmente responsabilidades individuais, uma vez que se tratam de determinações da verdade que são complementares entre si, possuem sentido e alcance próprios, bem como potencialidades e limites particulares, variáveis conforme as particularidades do contexto no qual se produzem²³⁸.

O “dever de reparar”, por sua vez, reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais de direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Com efeito, a violação de uma obrigação internacional que venha a produzir um dano implica o dever do Estado de repará-lo adequadamente e fazer cessar, na medida do possível, as consequências decorrentes da violação.²³⁹

²³⁴ CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par. 402. No mesmo sentido: CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 174, CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, par: 41-44; CIDH: *Caso Guerrilha do Araguaia (...)*, 2010, par: 170-174

²³⁵ CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011., par: 203, 226 e 238. Sobre isso: CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 313.

²³⁶ O artigo 13.1 da CADH consagra o direito à verdade ao determinar que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, o qual compreende o direito positivo de buscar, receber e difundir ideias de toda e qualquer natureza. Sobre isso: CIDH: *Caso Guerrilha do Araguaia (...)*, 2010, par: 196.

²³⁷ CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, par: 48. Sobre isso: MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 419, par: 2

²³⁸ CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par: 128

²³⁹ CIDH: *Caso Guerrilha do Araguaia (...)*, 2010, par: 245. No mesmo sentido: CIDH, *Caso de las masacres de Ituango v. Colombia*, 2006, par: 345; CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, par: 24; CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, par: 247. Mencione-se o art. 63.1 da CADH estabelece que quando restar

As medidas de reparação visam amenizar os efeitos das ofensas cometidas, de modo que a natureza e o montante da compensação dependem do dano ocasionado no plano material. Ademais, faz-se necessário que o Estado adote medidas de satisfação e garantias de não repetição que visem reparar o dano imaterial, o qual não possui alcance pecuniário²⁴⁰. Conforme entendimento da Corte:

*“la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional ordenar la adopción de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”*²⁴¹.

Feitas essas considerações, oportuno consignar que as obrigações supramencionadas são impostas ao Estado, não ao governo, de modo que a responsabilidade do Estado persiste a despeito da mudança de regime, consoante preleciona o princípio da continuidade do Estado²⁴².

Mencione-se, por fim, que referidos deveres dotam o processo transicional de pautas de comportamento objetivas, conforme padrões e normas internacionais em matéria de direitos humanos, de maneira que o respeito a esses transcende as relações de poder articuladas no seio da sociedade que experimenta a transição²⁴³. Consoante a orientação jurisprudencial da CIDH, *“el ejercicio de la función pública tiene unos limites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidade humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”*²⁴⁴.

determinada uma violação dos direitos ou liberdades previstos na Convenção, a Corte deve assegurar o gozo do direito violado; determinar, quando procedente, a reparação da medida ou situação que tenha oportunizado a vulneração destes direitos; bem como determinar o pagamento de indenização justa à parte lesada.

²⁴⁰ CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par: 142 e 147; CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, par: 348. Na sentença do *Caso Zambrano Vélez v. Ecuador*, 2007, par: 147. Consigne-se ainda que a jurisprudência internacional tem estabelecido reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação

²⁴¹ CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, par: 25

²⁴² CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 184. Sobre isso: ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility (...)” *Ob. Cit.*, 1990, p: 483

²⁴³ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 109

²⁴⁴ CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, par: 165

2.5. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma estabelece o TPI como uma instituição permanente, com jurisdição sobre indivíduos responsáveis por crimes de maior gravidade com alcance internacional, e complementar às jurisdições penais nacionais, assinalando que a repressão desses crimes deve ser efetivamente assegurada por meio da adoção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional²⁴⁵.

Ab initio, cumpre mencionar que, nos termos do parágrafo 6º do Preâmbulo do ETPI, é “*dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais*”. Embora trate-se de uma ideia bastante difundida, esse enunciado não impõe uma obrigação, mas limita-se a declarar o dever de todos os Estados - inclusive aqueles que não sejam signatários do Estatuto - de exercer sua jurisdição sobre os *core crimes*. Consoante ensinamentos de Caeiro, a norma em epígrafe “*limita-se a dar expressão àqueles que são, na perspectiva dos Estados signatários, os deveres dos (de todos os) Estados na repressão de crimina juris gentium*”²⁴⁶.

Consigne-se que a questão acerca da anistia foi suscitada, embora tenha sido deliberadamente evitada durante o Comitê Preparatório e a Conferência de Roma, uma vez que um consenso geral sobre a questão era inviável. Por conseguinte, deixou-se a solução desse problema, como tantas outras, para o Tribunal. Outrossim, tampouco foram expressamente abordadas as questões referentes a outros mecanismos alternativos e complementares à persecução penal²⁴⁷. Isso posto, o presente tópico tem como escopo realizar uma análise das questões relativas à admissibilidade de um caso perante o TPI e, no âmbito da justiça transicional, traçar um paralelo entre o preceito do artigo 17 e os mecanismos complementares à persecução penal, nomeadamente, CVRs e leis de anistia, a fim de averiguar se esses são suficientes para preencher requisitos do dispositivo legal retro mencionado.

O princípio da complementaridade - anunciado no parágrafo 10º do Preâmbulo e no artigo 1º do ETPI - constitui o alicerce do próprio conceito de uma jurisdição penal

²⁴⁵ ETPI, parágrafos 4º e 10º do preâmbulo e art. 1º. Sobre isto: ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual (...) Ob. Cit.*, 2009, p. 147

²⁴⁶ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...) Ob. Cit.*, 2010, p. 381

²⁴⁷ Sobre isto: AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p. 122-123, par: 35; DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p. 700; FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p. 61

internacional permanente e coloca o TPI em uma relação horizontal com as cortes nacionais, de modo que serão admissíveis perante o Tribunal apenas os casos nos quais se configure a falta de vontade (*unwillingness*) ou a incapacidade (*inability*) do Estado para genuinamente processar autores de crimes internacionais²⁴⁸.

Nos termos do artigo 17 (1) do ETPI, o Tribunal não poderá exercer sua jurisdição se: *a)* o caso for objeto de inquérito ou de processo no Estado que tenha jurisdição, salvo se esse não estiver disposto a devidamente prosseguir a investigação ou não tiver capacidade efetiva para o fazer; *b)* o caso tiver sido objeto de inquérito pelo Estado que exerça a jurisdição e esse decidiu por não dar prosseguimento ao procedimento criminal, ao menos que esta decisão resulte do fato de que o Estado não queira ou não possua meios para o fazer; *c)* o acusado em causa já tenha sido anteriormente julgado pela conduta a que se refere a denúncia; *d)* o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Consoante a inteligência do dispositivo supratranscrito, se um Estado soberano decide pela concessão de anistia a um indivíduo que tenha cometido um crime internacional, para que seja inadmissível a intervenção do TPI, faz-se necessário que o Estado tenha investigado o caso e decidido por não dar seguimento ao procedimento criminal, sendo que essa decisão não pode resultar de falta de vontade ou incapacidade do Estado para devidamente exercer sua jurisdição penal²⁴⁹.

No que tange à exigência de haja uma investigação do caso, imperioso arrazoar se essa deve necessariamente ser conduzida pelos devidos órgãos do aparato judicial ou se seriam suficientes formas de investigação alternativas e não judiciais conduzidas por CVRs efetivas. Com efeito, é imprescindível que a investigação seja levada a cabo por um órgão estatal, ainda que não judicial, uma vez que o dever de perseguir e punir crimes internacionais recai sobre o Estado. Ademais, exige-se uma investigação sistemática e individualizada dos feitos e das circunstâncias do caso, de modo que investigações de natureza geral sobre fatos do passado - que não individualizam a responsabilidade e, por conseguinte, não podem servir de base para uma persecução penal -, não satisfazem o

²⁴⁸ BEKOU, Olympia. *Complementarity and the ICC: A dangerous gamble?*. The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1ª Ed. Venice: Marsilio, 2005. p. 64; CASSESSE, Antonio. *International criminal law (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 106.

²⁴⁹ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 135, par: 39

requisito legal de que exista uma investigação²⁵⁰. Nesses termos, admitindo-se que conceito de justiça deve ser interpretado de forma ampla, argumenta-se que uma CVR que realize uma investigação extrajudicial individualizada, com a possibilidade de uma posterior sanção penal, e decida pela concessão de uma anistia condicional, levando-se em consideração os crimes cometidos e a atuação do perpetrador perante a comissão e as vítimas, cumpre os requisitos objetivos do artigo 17 (1) (b)²⁵¹.

A gravidade do caso, no sentido do artigo 17 (1) (d), deve ser determinada conforme as particularidades da situação concreta, invocando-se critérios como a natureza e o impacto social destes crimes (sistemáticos ou em grande escala), o modo de execução (com particular brutalidade ou crueldade, por exemplo), o *status* e a atividade dos suspeitos (maiores responsáveis pelas violações perpetradas ou ofensores de médio e baixo escalão)²⁵². Nessa tônica, o procurador do TPI declarou a política do Tribunal no sentido de concentrar suas investigações “*on those bearing the greatest degree of responsibility. Factors to be taken into account include the alleged status or hierarchical level of the accused or implication in particular serious or notorious crimes*”²⁵³.

Em relação à definição da falta de vontade ou incapacidade do Estado de agir em um determinado caso, cumpre mencionar que a distinção estrutural entre esses conceitos reside no fato de que, enquanto no primeiro caso, em princípio, manipula-se politicamente um sistema judicial em funcionamento a fim de gerar a impunidade de autores poderosos ou influentes, no último caso, referido sistema nem sequer existe fisicamente, encontra-se colapsado de maneira substancial ou não está disponível²⁵⁴.

A fim de determinar se um Estado demonstra ou não vontade de agir, o artigo 17 (2) dispõe que o Tribunal, considerando as garantias do devido processo legal reconhecidas pelo direito internacional, deve verificar: *a)* se o processo foi instaurado ou se a decisão nacional foi proferida com o propósito de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal; *b)* se houve demora injustificada no processamento ou; *c)* se o processo não foi ou não esteja

²⁵⁰ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 135-137, par:40

²⁵¹ SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2ª Ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004, p: 87. Ressalte-se ainda que a concessão de uma anistia condicional sem uma CVR dificilmente cumprirá os requisitos do artigo 17 (1) (b), uma vez que a ausência de uma comissão efetiva priva o processo do mais importante elemento de justiça restaurativa.

²⁵² AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p:132, par: 38. No mesmo sentido: TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...) Ob. Cit.*, 2007, par: 5 (a)

²⁵³ TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...) Ob. Cit.*, 2007, par: 5 (c)

²⁵⁴ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 140, par: 42

sendo conduzido de forma imparcial ou independente, mas de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja inconsistente com o intuito de trazer o acusado à justiça.

Nos termos do artigo 17 (3), para determinar se há incapacidade de agir, o Tribunal deve verificar se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade dessa, não reúne as condições para adequadamente perseguir e punir crimes internacionais. Referida norma alberga situações de instabilidade política, conflito armado ou outras circunstâncias que resultem na falência ou debilidade do sistema judiciário, tal como se verificou nos últimos anos no Cambódia, Afeganistão, Libéria, Ruanda, Somália e El Salvador²⁵⁵.

No que tange à concessão de anistia, a análise acerca da vontade e capacidade do Estado deve considerar a natureza da anistia: se concedida individualmente, cada decisão deve ser analisada à luz do artigo 17 (2) e (3); se concedida de maneira geral, em relação a um determinado número de pessoas ou crimes, essa caracterizar-se-á como uma anistia geral e, como tal, constituirá *prima facie* prova da falta de vontade ou incapacidade do Estado, embora a valoração final dependa sempre das circunstâncias do caso concreto²⁵⁶.

Isso posto, oportuno consignar que o enunciado do artigo 17 possui um “conteúdo variável” que, por sua própria natureza suscita problemas referentes à sua determinação²⁵⁷. “*For example, it is an open question whether intense military pressure not to prosecute falls within the category of inability or whether as unwillingness to jeopardize a democratic transition constitutes unwillingness within the terms of the Statute*”²⁵⁸. Cabe à Corte, portanto, realizar este exercício interpretativo nos casos *in concreto*, uma vez que não há qualquer fórmula geral a ser aplicada, devendo analisar-se individual e separadamente cada situação²⁵⁹.

No contexto do presente estudo, convém analisar ainda a inteligência do artigo 53 do ETPI, o qual dispõe sobre o “interesse da justiça” e, conforme entendimento majoritário da doutrina, compreende um reconhecimento indireto de processos alternativos de reconciliação nacional, inclusive a concessão de anistias ou outras medidas de isenção penal.

²⁵⁵ Cf. BEKOU, Olympia. *Complementarity and the ICC (...) Ob. Cit.*, 2005, p. 76.

²⁵⁶ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 146-147, par: 46; DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 701

²⁵⁷ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea”. *Revista de Política Externa*. Vol. 8. N.4. pp: 3-11. Brasília, 2000.

²⁵⁸ FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 62

²⁵⁹ BEKOU, Olympia. *Complementarity and the ICC (...) Ob. Cit.*, 2005, p. 78.

O dispositivo supramencionado prevê circunstâncias especiais nas quais um caso que cumpra os requisitos de admissibilidade do artigo 17 não seja submetido à jurisdição da Corte por determinação do Procurador no sentido de que, considerando as circunstâncias do caso, a gravidade do crime, o interesse das vítimas e a situação do perpetrador, a investigação e a persecução penal não servem ao interesse da justiça²⁶⁰.

Sobre isso, cumpre mencionar que a interpretação do conceito “interesse da justiça” decorre da própria noção de “justiça”, a qual, conforme já anteriormente consignado, deve ser interpretada em sentido amplo, de modo que essa não resta limitada à justiça penal retributiva, mas abarca formas alternativas de justiça e pressupõe uma avaliação geral da situação que preconize a paz e a reconciliação como objetivos basilares de todo processo transicional²⁶¹. Some-se a isso a premissa de que em contextos de violações graves e sistemáticas de direitos humanos se faz necessário integrar mecanismos complementares à persecução penal, uma vez que a justiça retributiva empreende investigações específicas e individualizadas, capazes de proporcionar apenas uma parte da resposta necessária e adequada. Nas palavras do Procurador do TPI, “*as such, it [the interest of justice] fully endorses the complementary role that can be played by domestic prosecutions, truth seeking, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms in the pursuit of a broader justice*”²⁶².

Conforme preleciona Dugard, autoanistias e anistias concedidas incondicionalmente ou de forma geral são consideradas inadmissíveis perante o direito internacional. Entretanto, se a anistia for condicionada à apreciação judicial ou concedida por uma CVR ou outro órgão de investigação similar, sob a condição de que o infrator realize uma ampla revelação e o reconhecimento dos atos cometidos no passado, o procurador pode decidir por não proceder criminalmente, a despeito dos limites técnicos previstos no artigo

²⁶⁰ Sobre isso: DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 702; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 153, par: 51; TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...)* *Ob. Cit.*, 2007, par: 1

²⁶¹ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 159, par: 50 e 53. Sobre isto: DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 701; TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...)* *Ob. Cit.*, 2007, par: 1 e 4 (c). Oportuno mencionar que há uma diferença entre os conceitos “interesse da justiça” e “interesse da paz”, sendo certo que as questões mais amplas relativas à paz e à segurança internacionais se enquadram no mandato de outras instituições distintas do TPI. Com efeito, o art. 16 do ETPI autoriza o CSNU a solicitar a suspensão de uma investigação ou procedimento criminal, por meio de uma resolução aprovada sob os auspícios do Capítulo VII da CNU, ou seja, para prevenir uma situação de ameaça ou ruptura da paz (arts. 39 e 40 da CNU). Referido dispositivo refere-se, ainda que implicitamente, aos interesses da paz, sendo certo que a decisão sobre tal resta a cargo do CSNU.

²⁶² TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...)* *Ob. Cit.*, 2007, par: 6 (a)

17, com fulcro no poder discricionário que lhe é concedido pela cláusula de interesse da justiça prevista no artigo 53 do ETPI²⁶³.

Para alguns estudiosos do tema, a discricionariiedade encerrada no artigo 53 pode oportunizar decisões arbitrárias e, portanto, deve ser interpretada restritamente; para outros, de modo diverso, esse poder discricionário é justamente o que permite ao Tribunal adaptar-se à realidade e compatibilizar os valores de justiça e paz, flexibilizando o direito internacional para admitir concepções tradicionais de justiça e outros mecanismos de justiça restaurativa²⁶⁴. A despeito dessa controvérsia, oportuno salientar que o disposto em epígrafe não outorga uma discricionariiedade política irrestrita ao procurador, uma vez que o “interesse da justiça” não deve ser interpretado como um conceito completamente autônomo, mas como um componente das circunstâncias do caso, consoante os elementos jurídicos assinalados no artigo 53 (1) (c) e (2) (c), os quais evidenciam que o procurador deve tomar uma decisão juridicamente fundamentada em cada caso individual, não podendo invocar somente considerações políticas gerais por si mesmas²⁶⁵.

Ante o exposto, depreende-se que o ETPI deixa lugar a anistias e outras isenções da responsabilidade penal quando essas sejam condicionais e estejam acompanhadas de formas alternativas de justiça, as quais, em última instância, possam vir a conduzir a persecução e sanção penal²⁶⁶. Com efeito, não parece razoável que o TPI venha a substituir a decisão de uma nação soberana que reflita um esforço genuíno e democrático de lidar com os fatos cometidos no passado e promover a paz e a justiça por meios alternativos²⁶⁷.

Igualmente relevante para a temática em análise é a relação entre anistias condicionais concedidas por CVRs independentes, o efeito *res judicata* dessas perante o TPI e o princípio *ne bis in idem*, previsto no artigo 20 do ETPI. A máxima *ne bis in idem* preconiza que uma pessoa não deve ser julgada duas vezes pela mesma ofensa e tem como

²⁶³ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 703.

²⁶⁴ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...)* *Ob. Cit.*, 2011, p: 53-55

²⁶⁵ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 158-159, par: 52. Em simetria, o artigo 53 (3) determina que a decisão de não proceder criminalmente com fundamento na falta de interesse da justiça só produzirá efeitos se confirmada pelo Juízo de Instrução - ao qual concerne a revisão da legalidade da decisão do procurador -, evidenciando que o procurador não possui uma discricionariiedade irrestrita.

²⁶⁶ Cf. ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 120, o TPI possui autonomia jurisdicional para decidir sobre a admissibilidade de anistias, sendo certo que essas devem ser permitidas somente em casos excepcionais e devem necessariamente ser condicionadas ou acompanhadas por outras formas de justiça restaurativa.

²⁶⁷ Sobre isso: FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 63; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 124-125, par: 35; BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...)* *Ob. Cit.*, 2011, p: 56

objetivo proteger os indivíduos do potencial abuso de poder representado por sucessivas perseguições penais, tendo adquirido *status* internacional, sobretudo, após sua previsão no artigo 14 (7) do PIDCP²⁶⁸.

O artigo 20 (3) prescreve que o princípio *ne bis in idem* não produzirá efeitos nas hipóteses “*sham trials*”, ou seja, quando o procedimento nacional tenha tido como propósito subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal ou não tenha sido conduzido de forma independente e imparcial, conforme as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional²⁶⁹. O dispositivo em análise omitiu a questão referente às anistias, embora o entendimento majoritário se perfaça no sentido de que quando essas sejam concedidas com o objetivo isentar perpetradores de crimes internacionais de sua responsabilidade penal, recebem o mesmo tratamento jurídico concedido aos denominados “*sham trials*”²⁷⁰.

Nesse âmbito, propugna-se que a concessão de uma anistia condicional por um órgão oficial qualifica-se como um julgamento prévio para os propósitos do dispositivo legal retro mencionado, uma vez que tal decisão não visa eximir o acusado de sua responsabilidade criminal, mas faz parte de uma política mais ampla de reconciliação e restauração social após um período de transição. Não obstante, é pouco provável que decisões emitidas por órgãos não judiciais sejam qualificadas como “julgamento”, uma vez que o artigo 20 (3) exige que esse tenha sido realizado por um tribunal, ou seja, uma entidade de caráter judicial²⁷¹. Dessarte, ultima-se que o TPI possui autoridade para processar e julgar um indivíduo que tenha sido anistiado a nível nacional, uma vez que a concessão de anistia não constitui uma absolvição ou condenação penal para os fins do artigo 20 do ETPI. Entretanto, cumpre ressaltar que a resposta ao problema que aqui se coloca não reside na inteligência do artigo em epígrafe, mas sim na cláusula de interesse da justiça contida no artigo 53²⁷².

²⁶⁸ VAN DEN WYNGAERT, Christine; ONGENA, Tom. “Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 1. pp: 705-729. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 705; CASSESSE, Antonio. *International criminal law (...)* Ob. Cit., 2011, p: 99-100

²⁶⁹ Cf. ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Princípio 26, o fato de um indivíduo ter sido anteriormente julgado por um crime internacional não impede um novo julgamento quando restar evidenciado que a atuação anterior teve como propósito subtrair o acusado à sua responsabilidade penal ou não tenha sido realizado em conformidade com as devidas garantias processuais reconhecidas pelo direito internacional.

²⁷⁰ VAN DEN WYNGAERT, Christine; ONGENA, Tom. “*Ne bis in idem (...)*” Ob. Cit., 2002, p: 724-726; SCHABAS, William A. *An Introduction to (...)* Ob. Cit., 2004, p: 87-88.

²⁷¹ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” Ob. Cit., 2002, p: 702

²⁷² CASSESSE, Antonio. *International criminal law (...)* Ob. Cit., 2011, p: 108; VAN DEN WYNGAERT, Christine; ONGENA, Tom. “*Ne bis in idem (...)*” Ob. Cit., 2002, p: 727

Oportuno assinalar ainda que o efetivo funcionamento do TPI depende, em última instância, da cooperação dos Estados com o Tribunal, uma vez que esse não dispõe de “poderes diretos de coerção” e tampouco de um aparato organizado que lhe permita proceder às investigações e fazer cumprir suas ordens e decisões²⁷³. Diante disso, o ETPI impõe aos Estados signatários a obrigação geral de cooperar plenamente com o Tribunal, prevista no Capítulo IX, artigo 86. Essa obrigação, essencialmente baseada em uma relação vertical²⁷⁴, pode promover um efeito limitador sobre as anistias nacionais, na medida em que os Estados estão obrigados, por exemplo, a entregar ao TPI um indivíduo que esteja protegido por uma anistia nacional²⁷⁵. Mencione-se ainda que, nos termos da regra geral prescrita no artigo 34 da Convenção de Viena, as disposições contidas em um tratado vinculam apenas as partes contratantes, não podendo ser impostas a Estados terceiros, entretanto, no que tange à obrigação de cooperar, propugna-se que o direito internacional costumeiro impõe a todos os Estados o dever de cooperação quando estiverem em causa crimes internacionais, independentemente de qualquer convenção ou tratado²⁷⁶.

Por fim, consigne-se que o princípio da complementaridade elucidada, como regra geral, que cabe aos tribunais nacionais processar e julgar crimes internacionais, de modo que se faz necessária uma convergência de esforços para implementação de preceitos e mecanismos legais necessários para o exercício da jurisdição criminal de forma efetiva²⁷⁷.

²⁷³ CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português* (Separata de: O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p: 70.

²⁷⁴ Cf. CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma (...) Ob. Cit.*, 2004, p: 75, a cooperação internacional em matéria penal entre Estados é essencialmente baseada em uma relação horizontal, enquanto a relação entre Estados e o TPI é vertical, o que acaba por engendrar uma considerável redução da margem de apreciação dos pedidos por parte dos Estado e, conseqüentemente, uma diminuição de garantias individuais. Sobre isso: SWART, Bert. “General Problems” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol.2. pp: 1589-1605. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 1590; CIAMPI, Annalisa, “The obligation to cooperate” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 1607-1637. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 1608.

²⁷⁵ SWART, Bert. “General Problems” *Ob. Cit.*, 2002, p: 1589; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 122, par: 34. Cf. DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 701, acordos de cooperação em matéria penal usualmente preceituam que o Estado requerido pode recusar o pedido de extradição quando se tenha concedido anistia ao acusado. Entretanto, essa prática não pode ser transposta ao âmbito do TPI, uma vez que o artigo 102 do ETPI expressamente assevera que a entrega de uma pessoa ao TPI difere-se da extradição a um outro Estado.

²⁷⁶ CIAMPI, Annalisa, “The obligation to cooperate” *Ob. Cit.*, 2002, p: 1609.

²⁷⁷ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 452. Cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites (...) Ob. Cit.*, 2010, p: 380, o exercício da jurisdição penal pressupõe que os crimes internacionais estejam previstos em legislações nacionais, posto que, embora seja possível, a princípio, a persecução penal desses atos como crimes ordinários, a doutrina majoritária argumenta que tal prática não se mostra suficiente.

Nos termos propostos pela CDH da ONU, os Estados devem assegurar o pleno cumprimento das obrigações provenientes de sua adesão ao ETPI, inclusive, quando necessário, mediante a promulgação de leis internas que oportunizem a satisfação dessas obrigações²⁷⁸. Esse processo de adequação legislativa (complementaridade positiva) oportuniza a formação de novas perspectivas sobre a responsabilidade penal, sobretudo em duas vertentes, a saber: a obrigação geral de cooperar com o Tribunal e o fortalecimento do ordenamento jurídico nacional para satisfazer as exigências do teste de complementaridade²⁷⁹. Consoante entendimento do Procurador do TPI, “*the effectiveness of the International Criminal Court should not be measured only by the number of cases that reach the Court. On the contrary, the absence of trials by the International Criminal Court, as a consequence of the effective functioning of national systems, would be a major success*”²⁸⁰.

Ante o exposto, depreende-se que a premissa da complementaridade é uma solução provisória e instrumental para a harmonização do direito internacional penal entre as ordens jurídicas internas, tendo como finalidade precípua a fomentação dos sistemas jurídicos nacionais e o desenvolvimento de mecanismos processuais eficazes para a realização da justiça em relação aos crimes internacionais, de modo a construir nestas sociedades a capacidade de conduzir investigações e procedimentos criminais de maneira independente e imparcial, conforme os *standards* da justiça internacional penal ²⁸¹.

²⁷⁸ ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Princípio 20.

²⁷⁹ ROBINSON, Darryl. “The Rome Statute and its Impact on National Law” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 1849-1868. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 1850-1851

²⁸⁰ TPI: OTP. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Setembro de 2003, p. 4

²⁸¹ STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the Complementarity Game*. The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1ª ed. Venice: Marsilio, 2005, p.58.

3. COMPLEMENTOS À PERSECUÇÃO PENAL

“Mais vale acender uma vela do que amaldiçoar a escuridão”.

Confúcio

3.1. Comissões da verdade e reconciliação

“A luta do homem contra o poder é a luta da memória contra o esquecimento”.

Milan Kundera

O objetivo paradoxal da justiça de transição é “desfazer a história” por meio do reconhecimento do sentido social do conflito e da superação das causas que o originaram, em uma tentativa de identificar seus efeitos no presente e no futuro²⁸². Assim sendo, lidar com as atrocidades cometidas no passado de forma criativa e positiva constitui uma condição necessária para a reconciliação social e a promoção da paz sustentável, uma vez que uma sociedade democrática não pode ser construída sem o conhecimento dos fatos ocorridos no passado e o reconhecimento da responsabilidade pelos abusos cometidos. Nessa tônica, as CVRs são reconhecidas pelo direito internacional como instrumentos aptos a responder a violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e promover a verdade e a reconciliação²⁸³.

Segundo definição proposta pela ONU, as CVRs são órgãos oficialmente autorizados, de caráter temporário e não judicial que visam investigar violações graves de direitos humanos cometidas em um determinado íterim temporal e analisar as razões que as incitaram, com o intuito de ajudar sociedades pós-conflito a esclarecer os fatos, estabelecer um registro histórico credível, promover a responsabilização de seus atores, preservar evidências e recomendar reparações e reformas institucionais²⁸⁴. Conforme preleciona Teitel, *“a truth commission is an official body, often created by a national*

²⁸² TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 87.

²⁸³ FRAYLING, Nicholas. “Towards the Healing of History: An Exploration of the Relationship between Pardon and Peace” *In*. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 26-35. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009, p: 33; DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 693 e 702

²⁸⁴ ONU: S/2004/616, par: 50; ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1, p: 6; ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, par: 15. Definição similar é proposta por BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...)* *Ob. Cit.*, 2011, p: 26

government, to investigate, document, and report upon human rights abuses within a country over a specified period of time”²⁸⁵.

Referidos mecanismos variam consideravelmente em relação à composição, procedimento, independência e mandato, embora tenham como objetivo precípua promover a reconciliação social por meio de um registro histórico das atrocidades cometidas no passado, ou seja, buscam fazer frente ao passado estabelecendo uma verdade global, ou verdade histórica, para além da verdade judicial ou fática²⁸⁶. Nessa tônica, Elster assinala que o objetivo a ser buscado pelas CVRs não é a verdade *per se*, mas o reconhecimento, a convicção verdadeira e justificada²⁸⁷.

O reconhecimento expressa a determinação da sociedade para reparar os erros cometidos no passado e promover as mudanças necessárias para um futuro comprometido com novos valores e fundamentado no respeito e na promoção dos direitos humanos, bem como limita o potencial de que o passado seja utilizado como fundamento para qualquer tipo de mito, propaganda ou história discriminatória que oportunize o retorno da violência no futuro (garantia de não-repetição). Ademais, a reconciliação requer, essencialmente, a construção da confiança entre grupos e indivíduos antagonistas, sendo o reconhecimento a base para o estabelecimento de um mínimo de confiança entre eles²⁸⁸. Conforme preleciona Fletcher, a reconciliação é, de fato, um processo de reconstrução social, de modo que o reconhecimento, não o perdão, é que se faz necessário para lograr a paz²⁸⁹.

A título de informação, mencione-se que, em contextos transicionais, o termo reconciliação é usualmente utilizado para sugerir a desconsideração e superação de hostilidades do passado e a criação de uma nova relação de coexistência pacífica baseada na confiança mútua, aceitação, cooperação e consideração das necessidades de outrem, de

²⁸⁵ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 78

²⁸⁶ Sobre isso: DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 694; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 55-56, par: 13; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 156. Cf. preleciona TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 79, “*the appeal of the model is its ability to offer a broader historical perspective, rather than mere judgments in isolated cases*”.

²⁸⁷ ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 81

²⁸⁸ Sobre isso: GOVIER, Trudy. “A Dialectic of Acknowledgement” *Ob. Cit.*, 2009, p: 40-49; ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 84-91; AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 49-51. Cf. ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p:98, a reconciliação só se torna possível quando os traumas e questões do passado são ampla e livremente discutidas na esfera pública.

²⁸⁹ FLETCHER, Laurel E. “Facing Up to the Past (...)” *Ob. Cit.*, 2007, p: 52

modo a possibilitar que antigos inimigos trabalhem de forma amistosa e harmoniosa para a construção de uma nova sociedade²⁹⁰.

Oportuno consignar que no rescaldo de um conflito violento, a população usualmente possui uma visão amplamente divergente sobre a “verdade” acerca dos fatos ocorridos no passado, uma vez que as interações entre grupos adversários são normalmente caracterizadas por percepções antagônicas de identidade coletiva, pela presença de estereótipos negativos e preconceitos, pela desconfiança, medo e hostilidade e por uma desvalorização implícita do outro²⁹¹. Por conseguinte, quando parcelas significativas da população não incorporam o processo de integração e os entendimentos tendenciosos restam incontestados, esse processo de estabelecimento de uma verdade histórica acaba por exacerbar as tensões e divisões entre “vencedores” e “perdedores” do conflito²⁹². Conforme assinala Andrieu, a imposição de narrativas históricas descendentes (*top-down*) ignora a pluralidade de experiências e memórias individuais, de modo que a verdade e a reconciliação são objetivos mais apropriadamente atingidos por meio de debates e controvérsias do que pela construção de um consenso politicamente autorizado²⁹³.

Com efeito, as CVRs oportunizam o debate e a construção de uma percepção compartilhada sobre o passado, entretanto, para que essa compreensão seja amplamente aceita pela comunidade e, deste modo, efetivamente contribua para a reconciliação social, as CVRs devem ser notoriamente tidas como legítimas por todas as partes envolvidas no conflito²⁹⁴. Para que uma CVR seja considerada legítima - em âmbito nacional e internacional²⁹⁵ -, faz-se necessário que essa disponha de recursos adequados²⁹⁶, tenha suficiente autonomia e independência do Estado e de outros grupos interessados, possua

²⁹⁰ HAMBER, Brandon; KELLY, Gráinne. “Beyond Coexistence: Towards a Working Definition of Reconciliation” In: QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 286-310. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009, p: 287-292; AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 42

²⁹¹ AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 41

²⁹² FLETCHER, Laurel E. “Facing Up to the Past (...)” *Ob. Cit.*, 2007, p: 49-50

²⁹³ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 94-99

²⁹⁴ Cf. ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 100, resta empiricamente demonstrado que CVRs que não sejam adequadamente planejadas, estruturadas e gerenciadas carecem de credibilidade e acabam por fragilizar a confiança e a reconciliação que buscam promover. Veja também: AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 52-53.

²⁹⁵ Cf. DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 700, para que sejam reconhecidas internacionalmente, as CVRs devem ser instituídas por um governo democraticamente eleito ou por organizações internacionais e devem funcionar conforme os requisitos do devido processo legal.

²⁹⁶ Cf. ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Princípio 1, as CVRs devem dispor de recursos financeiros verificáveis de forma transparente para assegurar sua independência, bem como de recursos materiais e pessoais suficientes para avaliar sua credibilidade.

faculdades de investigação suficientes, conte com a cooperação plena com outros órgãos estatais envolvidos no processo transicional²⁹⁷ e encerre uma ampla participação da sociedade em causa²⁹⁸.

Proponentes desse mecanismo salientam que as CVRs incorporam uma gama de vítimas mais extensa que a persecução penal e os demais mecanismos de justiça de transição, o que as permite oferecer uma resposta mais adequada às necessidades das vítimas e da comunidade como um todo e, dessa forma, restaurar a confiança da população nas instituições do Estado e fomentar a reconciliação individual e nacional. Some-se a isso o argumento de que as CVRs não se limitam ao estabelecimento de responsabilidades individuais, mas endereçam as causas subjacentes do conflito - inclusive sua dimensão econômica, social e cultural - e recomendam reparações socioeconômicas e reformas institucionais, de modo a efetivamente facilitar o processo de transformação política, criar uma cultura de proteção aos direitos humanos, promover a paz e a segurança duradouras, fomentar a consolidação democrática e prevenir a repetição de futuras violações²⁹⁹. Consoante ensinamentos de Olsen, Payne e Reiter, as CVRs reconhecem, condenam, dissuadem a violência mais efetivamente que persecuções penais e o fazem sem ameaçar a democracia e o Estado de direito, uma vez que “*they provide a victim-centered process of accountability that balances political constraints with justice*”³⁰⁰.

A crítica mais significativa que se faz em relação às CVRs é que as recomendações propostas por esse mecanismo carecem da coercibilidade e da punição material que acompanham as obrigações legais estipuladas por tribunais, de modo que essas são comumente desconsideradas ou não implementadas pelo Estado. Assim sendo, as CVRs

²⁹⁷ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 66-69, par: 16

²⁹⁸ Cf. ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...) E/CN.4/2005/102/Add.1*. Princípio 7 (c), é mister garantir uma representação adequada de mulheres e outros grupos minoritários cujos membros tenham sido especialmente vulneráveis às violações de direitos humanos

²⁹⁹ Sobre isso: FREDERKING, Brian K. “Putting Transitional Justice (...)” *Ob. Cit.*, 2015, p: 4-5; LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” *In*. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 66-84. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014, p: 78; PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 156; ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 92; ONU: SGNU (2011). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2011/634, par: 23-24; TPI: Office of the Prosecutor. *Policy Paper (...) Ob. Cit.*, 2007, par: 6 (a); CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 451

³⁰⁰ OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty in the Age of Accountability” *In*. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 336-358. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p: 343

conferem apenas uma “*justiça comprometida*”, não favorecendo a consolidação democrática ou a promoção de direitos humanos³⁰¹.

Conforme entendimento da CIDH, as CVRs contribuem para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento dos fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos. Entretanto, a verdade histórica obtida por meio desses mecanismos não deve ser interpretada como substituta ao dever do Estado de perseguir e punir perpetradores de graves violações de direitos humanos³⁰². Em simetria, Elster preleciona que os potenciais efeitos de uma CVR são copiosamente reduzidos quando não há qualquer forma de responsabilização penal em relação aos perpetradores de crimes graves, posto que, do ponto de vista da vítima, tomar conhecimento de quem seja o ofensor e saber que ele permanecerá livre e completamente impune acaba por engendrar ressentimento e mágoa, ao invés de reconciliação e catarse³⁰³.

A despeito dessa assertiva, Dugard preleciona que na vasta maioria dos casos, as CVRs são estabelecidas quando o antigo regime detém para si parcela significativa do poder, de modo novo regime não possui a autoridade e a estrutura necessários para promover as perseguições penais sem comprometer a estabilidade e viabilidade do novo governo democrático; quando o acordo político que oportunizou a democratização ou cessação da violência compreende uma anistia que obste o exercício da jurisdição penal; ou ainda quando existe uma gama de perpetradores muito vasta, o que torna que difícil, custosa e morosa a perseguição penal de todos os envolvidos³⁰⁴.

Feitas essas considerações gerais acerca das CVRs, oportuno realizar uma análise particularizada de casos concretos relevantes, nomeadamente as CVRs argentina e sul-africana. Desde 1974, quando a primeira Comissão de Inquérito Sobre o Desaparecimento de Pessoas foi estabelecida em Uganda, diversos outros mecanismos similares foram criados em diversas regiões do mundo³⁰⁵. Dentre essas, a CVR que adquiriu mais notoriedade, sobretudo no âmbito latino-americano, foi a Comissão Nacional sobre Desaparecimentos de Pessoas (CONADEP), criada na Argentina em 15 de dezembro de 1983 pelo presidente

³⁰¹ FREDERKING, Brian K. “Putting Transitional Justice (...)” *Ob. Cit.*, 2015, p: 4 -15; KRITZ, Neil. “Policy Implications of Empirical (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 17

³⁰² CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 2007, par. 128. No mesmo sentido, ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Princípio 8.

³⁰³ ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 84

³⁰⁴ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 6694; CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 450

³⁰⁵ ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth.* E/CN.4/2006/91, par: 50

constitucional Raúl Alfonsín, após o colapso do regime militar na derrota na Guerra das Malvinas e o retorno à democracia³⁰⁶. A CONADEP teve como objetivos receber denúncias e provas sobre os desaparecimentos e remetê-las à justiça, investigar o destino das pessoas desaparecidas e a localização de crianças subtraídas, denunciar à justiça todo intento de ocultar ou destruir provas vinculadas a esses fatos e, por fim, emitir um informe final³⁰⁷. O informe “*Nunca Más*” propôs uma nova leitura dos desaparecimentos forçados, reconheceu a magnitude dos fatos, estabeleceu oficialmente a responsabilidade das forças armadas, bem como articulou as premissas da nova ordem democrática e os postulados gerais para julgar a violência política que teve lugar durante a ditadura³⁰⁸. Posteriormente, em 1985, as juntas argentinas foram processadas pelas violações de direitos humanos perpetradas durante o governo militar e, posteriormente, reparações foram endereçadas às vítimas³⁰⁹.

A partir dessa experiência, constituíram-se CVRs oficiais em vários países do Cone Sul, como Uruguai (1985 e 2000), Chile (1986 e 2003), El Salvador (1992), Haiti (1995), Equador (1996 e 2007), Guatemala (1999), Peru (2000), Panamá (2001), Paraguai (2004) e Brasil (2011), com conteúdo e objetivos diversos, conforme a relação de forças políticas e a idiossincrasia de cada transição³¹⁰. Apesar da heterogeneidade desses mecanismos, “*como rasgo común, los informes de las comisiones de la verdad diferenciaron el presente del pasado, imaginaron la memoria y la democracia como formas de evitar el horror, acertaron la distancia entre las víctimas de las dictaduras y la ciudadanía, y tornaron visibles los crímenes en sociedades renuentes a admitir los hechos*”³¹¹.

Mencione-se que a CONADEP não tinha como objetivo a reconciliação social, mas a revelação de violações graves e sistemáticas de direitos humanos perpetradas e encobertas pelo governo militar. Diversamente, CVRs posteriores, tais como as instituídas no Chile (1986), El Salvador (1992), África do Sul (1995), Peru (2000) e Serra Leoa (2002), tinham como parte de seus procedimentos a realização de audições e cerimônias públicas com o

³⁰⁶ TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy” *Ob. Cit.*, 2003, p: 78.

³⁰⁷ CRENZEL, Emilio. *La historia política del Nunca Más: la memoria de las desapariciones en Argentina*. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008, p: 18

³⁰⁸ CRENZEL, Emilio. *La historia política del Nunca Más (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 105 e 127

³⁰⁹ CRENZEL, Emilio. *La historia política del Nunca Más (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 137. O juízo das juntas militares argentinas representou uma decisão excepcional na história do tratamento da violência de Estado no continente sul-americano, constituindo-se uma referência política e simbólica para as demais lutas democráticas que ocorriam na região

³¹⁰ Sobre isso: BRITO, Alexandra Barahona. “Introdução” *Ob. Cit.*, 2004, p. 37-43. Mencione-se que, no âmbito do Cone Sul, antes da criação da CONADEP, já haviam sido implementadas CVRs em Honduras (1980) e Bolívia (1982)

³¹¹ CRENZEL, Emilio. *La historia política del Nunca Más (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 145-156

objetivo de dar voz àqueles que haviam sofrido com as violações perpetradas, fomentar o debate público e, assim, promover a reconciliação social³¹².

A CVR da África do Sul, criada em 1995 sob o comando de Nelson Mandela e planejada com base na experiência chilena de perspectivar a revelação da verdade como um método de reconciliação social, restou caracterizada por sua matizada “*double agenda*”, uma vez que, para além de intentar lidar com as atrocidades cometidas no passado, por meio do estabelecimento da verdade, da atribuição de responsabilidade e da promoção da justiça, a CVR visava definir parâmetros, prioridades e políticas para o futuro, tendo como objetivo basilar a reconciliação social e a consolidação democrática³¹³.

A crítica que se faz em relação a esse mecanismo diz respeito ao fato de que, a despeito da reconciliação social promovida, as recomendações da CVR para reparações extensivas, simbólicas, materiais e comunitárias que efetivamente beneficiariam as vítimas remanesçam descumpridas, de modo que também resta obliterada a tarefa substancial da Comissão³¹⁴. Nessa tônica, Elster argumenta que, apesar dos esforços empreendidos após o regime do *apartheid* (“vidas separadas”), a justiça transicional não atingiu os objetivos propostos, uma vez que a grande maioria dos ofensores não foi criminalmente responsabilizada, as reparações às vítimas foram mínimas e não houve qualquer reforma fundiária. Ademais, ainda que o processo transicional tenha cessado a violência coletiva, hodiernamente o país possui uma das maiores taxas de homicídio, assalto à mão armada e estupro do mundo e, embora a causalidade desses problemas seja obscura, é razoável admitir que a falha na promoção da paz positiva sustentável seja decorrência de falha na promoção da justiça³¹⁵.

No que tange à responsabilidade penal internacional do crime de *apartheid*, a concessão de anistias foi uma exigência de contrapartida para que fosse possível atingir os

³¹² ROHT-ARRIAZA, Naomi. “Foreword” *Ob. Cit.*, 2008, p: vii

³¹³ DU TOIT, Stephanus F. “Tensions Between Human Rights and the Politics of Reconciliation: A South African Case Study” *In*. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 232-262. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009, p: 233. Sobre o contexto sul-africano, Du Toit assinala que “reconciliation without justice would have been unsustainable (...). On the other hand, justice without reconciliation would have run the risk of endless cycles of recrimination and punishment, allowing the past to limit future possibilities”.

³¹⁴ DU TOIT, Stephanus F. “Tensions Between Human Rights (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 253

³¹⁵ ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 90. Sobre isto, PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 158 assinalam que “*la experiencia sudafricana demuestra que el intento de equilibrar las demandas de las partes antagónicas, ofreciendo amnistía a cambio de la verdad, no ha bastado para alimentar la percepción de las víctimas de que se ha hecho justicia, ni tampoco para hacerlas sentir que se ha logrado la reconciliación entre blancos y negros*”.

objetivos superiores de justiça e para o estabelecimento da paz e da segurança, de modo que a CVR estava facultada a conceder anistia, individualizada e condicional, inclusive aos crimes políticos mais graves. Mencione-se que a concessão de anistia dependia da satisfação de inúmeras exigências, incluindo uma confissão de culpa e um testemunho exaustivo acerca dos fatos. Os perpetradores de violações graves de direitos humanos que não cumpriam tais exigências continuavam passíveis de serem processados, assim como aqueles que tiveram seus pedidos recusados pela Comissão de Anistia³¹⁶.

A despeito das críticas e falhas apontadas, pode-se afirmar que a CVR sul-africana estabeleceu uma nova referência para os mecanismos de justiça de transição, os quais passaram a ser interpretados como instrumentos aptos não apenas a endereçar as violações cometidas no passado, mas também moldar e promover uma comunidade democrática no presente³¹⁷. Ademais, esse mecanismo conferiu um uso inovador de anistias individuais e condicionais como parte de uma abordagem integrada de justiça de transição, o que oportunizou um reexame do conceito de justiça e responsabilidade e dos efeitos paradigmáticos das anistias internas, sendo certo que a partir dessa experiência, diversos estudiosos do tema passaram a ver a reconciliação como um objetivo social e político global, no qual as anistias não são apenas aceitáveis, mas, em determinados casos, até mesmo desejáveis³¹⁸.

3.2. Reparação das vítimas e justiça socioeconômica

O direito à reparação, no contexto que este estudo pretende abordar, restou expressamente reconhecido pela ONU no princípio 31 do Conjunto atualizado de princípios para a proteção e promoção de direitos humanos por meio de ações para combater a impunidade, o qual determina que qualquer violação de direitos humanos dá origem ao direito à reparação parte das vítimas ou de seus sucessores e, por conseguinte, implica um dever por parte do Estado de reparar. Posteriormente, em 16 de dezembro de 2005, a ONU estabeleceu específicos contornos legais ao direito à reparação por meio da aprovação dos Princípios e diretrizes básicos sobre o direito à recurso e reparação para vítimas de graves

³¹⁶ PENSKEY, Max. “O *status* das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 98. Tal assunto será abordado com maior particularidade no tópico referente às anistias.

³¹⁷ WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 3

³¹⁸ PENSKEY, Max. “O *status* das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 81

violações de DIDH e de DIH³¹⁹. Em simetria, a CICV assinala que o Estado responsável por violações de DIH está obrigado a reparar integralmente os danos e prejuízos causados³²⁰. Nessa tônica, o presente tópico tem como escopo dedicar especial atenção ao direito à reparação como forma de promoção da justiça socioeconômica, analisando-se criticamente a adequabilidade dos processos transicionais para promover referido objetivo.

É axiomático que formas profundas de violência estrutural associadas à desigualdade social obstam a realização de mudanças sociais e políticas significativas no rescaldo de um conflito violento ou de uma alteração política, de modo que a reconciliação e a paz sustentável pressupõem não apenas o fim da violência direta, mas também a promoção da paz positiva e de uma justiça socioeconômica que sobreleve a violência estrutural implícita nesses conflitos e estabeleça relações mais equitativas no futuro³²¹. Nesse sentido, o SGNU assevera, independentemente do modelo de justiça de transição adotado e quaisquer que sejam os mecanismos de reparação utilizados, a promoção da justiça e consolidação da paz requerem necessariamente que algo seja feito para compensar as vítimas³²².

Mencione-se, desde já, que em contextos de violações massivas de direitos humanos, a justiça não pode ser plenamente realizada simplesmente porque não há qualquer ação humana que possa reparar o imensurável dano causado³²³. A despeito dessa assertiva, é notório que as medidas de reparação compreendem uma iniciativa centrada no interesse das vítimas e a forma mais eficaz de promover uma mudança substancial em suas vidas diárias, tendo como objetivos precípuos restaurar o senso de dignidade e o valor moral das vítimas, bem como eliminar marginalização social e econômica que as acompanha, a fim de que estas possam retornar à sua condição de cidadãos³²⁴.

³¹⁹ AGNU: Resolução 60/147 (2005): Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of International Human Rights Law and serious violations of Humanitarian Law.

³²⁰ HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 211, *Rule 150*.

³²¹ AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 54. Cf. LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” *Ob. Cit.*, 2014, p: 77 e *ss.*, é crescente o reconhecimento do vínculo entre desigualdades econômicas e sociais históricas, justiça de transição e desenvolvimento socioeconômico, uma vez que conflitos violentos e violações graves de direitos humanos são geralmente decorrência de desigualdades econômicas e sociais profundamente enraizadas na comunidade.

³²² ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 55

³²³ WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2012, p: 13

³²⁴ Sobre isso: ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 95; AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 54; LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” *Ob. Cit.*, 2014, p: 78

Consoante preleciona Andrieu, a igualdade econômica e social constitui o fundamento e o alicerce dos direitos humanos, uma vez que sem oportunidades igualitárias não há liberdade, individual ou coletiva, e, conseqüentemente, não há dignidade³²⁵. Isso posto, depreende-se que sem o reconhecimento da importância de direitos sociais e econômicos, sociedades em transição permanecem vulneráveis à violência esporádica e ao oportunismo político, sendo certo que a paz duradoura tornar-se-á imperativa apenas se questões como discriminação sistemática, distribuição desigual de renda e corrupção endêmica forem abordadas de forma justa e confiável pelas instituições públicas³²⁶. Consigne-se ainda que se o processo de transição falha em endereçar as causas originárias e subsidiárias do conflito, limitando-se a abordar os problemas decorrentes desse, a paz mostrar-se-á insustentável³²⁷. Nesse sentido, o CSNU assinala que “*the quest for peace requires a comprehensive, concerted and determined approach that addresses the root causes of conflicts, including their economic and social dimension*”³²⁸.

Assim sendo, a inclusão de provisões para certas formas de reparação mostra-se uma medida necessária para promoção da igualdade estrutural e material, sendo certo que o direito à reparação plena e efetiva deve ser interpretado como um termo genérico que compreende a restituição³²⁹, a compensação por danos pecuniários³³⁰, a reabilitação³³¹, a

³²⁵ ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 86.

³²⁶ ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice*, p: 7. Cf. DU TOIT, Stephanus F. “Tensions Between Human Rights (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 255, “*political rights without socio-economic rights mean very little*”.

³²⁷ Cf. ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 80-89, a distinção entre os problemas decorrentes do conflito e os problemas que o originaram é muito tênue, sobretudo porque esses últimos acabam por ser exacerbados no decorrer das hostilidades. A título de exemplificação, mencione-se que se a desigualdade socioeconômica, na forma de distribuição desigual de terras, por exemplo, é uma das causas originárias do conflito, a redistribuição e a compensação tornam-se medidas essenciais para prevenir que esse venha a irromper novamente.

³²⁸ ONU: CSNU (2001). *Statement by the President (...)*. S/PRST/2001/5, p: 1

³²⁹ Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 19, a restituição tem como escopo restaurar a situação original que a vítima se encontrava antes da violação de seus direitos fundamentais, incluindo-se, quando apropriado, restauração da liberdade, gozo de direitos humanos, identidade, vida familiar, cidadania, retorno ao local de residência, recuperação de empregos e de propriedades.

³³⁰ Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 20, deve haver compensação para todo dano economicamente avaliável, como danos físicos ou mentais, custos decorrentes de assistência legal, médica, social ou psicossocial, perda de oportunidades, empregos e benefícios sociais, danos materiais e perdas de rendimentos e danos morais.

³³¹ Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 21, a reabilitação compreende cuidados médicos e psicossociais, bem como serviços legais e sociais.

satisfação³³², garantias de não repetição³³³, ou ainda reparações simbólicas, como tais como desculpas oficiais, cerimônias comemorativas³³⁴, monumentos, memoriais ou museus.

No âmbito da justiça retributiva, Jorda e Hemptinne prelecionam que a responsabilização e a reparação são elementos indissociáveis, de modo que a reparação judicial para aqueles que sofreram danos decorrentes de violações graves de direitos humanos compreende um critério essencial para a restauração da harmonia social no rescaldo de um conflito e uma *conditio sine qua non* para a realização da justiça e a consolidação da paz sustentável³³⁵. Nessa tônica, oportuno assinalar que o artigo 75 do ETPI orienta o Tribunal a estabelecer princípios para determinar a extensão da restituição, compensação e reabilitação devida às vítimas e seus familiares. Em simetria, o artigo 79 determina a criação de um “fundo em favor das vítimas” e de suas respectivas famílias, autorizando o Tribunal a ordenar que o produto de multas e quaisquer outros bens declarados perdidos sejam revertidos para este fundo.

Lambourne assinala que a justiça socioeconômica deve englobar elementos da justiça relacionados à compensação, restituição ou reparação financeira por violações cometidas no passado (justiça histórica) e à distribuição de bens e rendas no futuro (justiça prospectiva). Nessa tônica, a autora engendra a crítica de que, embora a maioria dos modelos de justiça de transição abarquem a ideia de reparação, esses tendem a ter como foco reparações históricas, ao invés de medidas para promoção da justiça socioeconômica no futuro, de modo que falham ao responder às necessidades básicas da população³³⁶.

³³² Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 22, a satisfação é alcançada por meio de medidas efetivas que visem cessar a violência contínua, da verificação dos fatos e da divulgação pública da verdade, de pedidos públicos de desculpa e da aceitação da responsabilidade, de comemorações e tributos em nome das vítimas, dentre outras medidas aplicáveis a cada caso concreto.

³³³ Cf. ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines (...)*. A/RES/60/147, par: 23, as garantias de não-repetição compreendem medidas que contribuem para a prevenção e, deste modo, asseguram o efetivo controle sobre militares e forças armadas, a consolidação de um judiciário independente e a promoção de mecanismos de prevenção e monitoramento de conflitos e de suas resoluções.

³³⁴ ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 85-86 declara-se cético em relação ao valor de reparações simbólicas e intangíveis, argumentando que, independentemente da eficácia política e psicológica de desculpas oficiais e cerimônias oficiais, o *status* moral dessas é altamente ambíguo e, normalmente, não passam de discursos vazios e insignificantes.

³³⁵ JORDA, Claude; HEMPTINNE, Jérôme. “The status and role of the victim” *In*. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 1. pp: 1387-1419. Oxford: Oxford University Press, 2002, p: 1398. No mesmo sentido: PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 30

³³⁶ LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 29. “Interviewees in all four countries (Cambodia, Rwanda, East Timor and Sierra Leone) described their inability to meet basic needs as a significant impediment to peace and reconciliation. (...) In practice it is very difficult compared with theory. People still need material things to reconstruct houses and replace stolen things. Therefore, they

Crítica semelhante é postulada por Merwe, o qual afirma que usualmente processos de justiça transicional proporcionam um impacto reduzido na vida e nas necessidades diárias das vítimas de violência ou opressão³³⁷. No mesmo sentido, Laplante assevera que “*when seen through the victim’s point of view, few reparations programmes are fully satisfactory and may even have unintended consequences that frustrate or even exacerbate the struggles of communities emerging from mass violence or from a period of repression*”³³⁸. Oportuno consignar que as críticas em epígrafe não preconizam que as reparações devam ser automaticamente descartadas, mas sim que essas devem ser conduzidas com o máximo de cautela.

Some-se a isso o fato de que é altamente utópico supor que os mecanismos de justiça de transição, *per si*, serão capazes de realizar mudanças socioeconômicas e estruturais significativas, uma vez que tais objetivos restam simplesmente além dos orçamentos, mandados e programação desses. O processo de justiça transicional deve assinalar um compromisso com o aprimoramento geral das condições materiais e estruturais da sociedade em questão, embora não seja o responsável precípua por sua realização³³⁹.

A despeito da inegável importância da promoção de direitos sociais e econômicos, é necessário reconhecer que a realização desses depende não só de fatores jurídicos e políticos, mas, sobretudo, de fatores econômicos³⁴⁰. Depreende-se, portanto, que a realização da justiça socioeconômica consiste em um objetivo econômico, em relação ao qual o direito e a política nada mais podem fazer do que constituir instrumentos para alcançá-los. Incorrer no erro de exigir que processos de justiça de transição realizem objetivos que excedem as suas possibilidades - e que sequer podem ser assegurados em Estados com democracias consolidadas e economias estáveis - encerra o grave risco de que a sociedade perca a confiança no Estado, na lei e na justiça.

can’t forget and live peacefully together with others. They need some compensation. If their material needs are met, they are more able to reconcile”.

³³⁷ MERWE, Hugo Van der; BAXTER, Victoria; CHAPMAN, Audrey R. “Introduction” *Ob. Cit.*, 2008, p: 2 “often so-called transitional justice processes provide little in the way of meaningful justice to victims and to groups persecuted or disadvantaged by predecessor regime”

³³⁸ LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” *Ob. Cit.*, 2014, p: 79

³³⁹ AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 56

³⁴⁰ *Cf.* KRITZ, Neil. “Policy Implications of Empirical (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 21, é necessário considerar ainda que na realidade de países emergentes de guerras civis devastadoras ou de longos regimes políticos e opressores, os recursos humanos e materiais são extremamente limitados. No mesmo sentido: ELSTER, Jon. “Justice, Truth, Peace” *Ob. Cit.*, 2012, p: 90 e 92

3.3. Mecanismos de justiça tradicional

A tradição ocidental e liberal sobre responsabilidade criminal promove um modelo de justiça contencioso, acusatório e retributivo. Embasada nesse modelo, a comunidade internacional tem buscado a responsabilização penal de perpetradores de violações graves de direitos humanos por meio de tribunais internacionais *ad hoc*, tribunais híbridos e, hodiernamente, por meio do Tribunal Penal Internacional³⁴¹. Entretanto, experiências pretéritas demonstram que as concepções internacionalizadas de verdade, justiça e reconciliação se diferem significativamente das percepções locais sobre a melhor forma de lidar com o passado e promover mudanças significativas no futuro, divergência essa que fomentou a demanda por autodeterminação e por abordagens tradicionais à justiça.

Baseados em leis consuetudinárias, os mecanismos de justiça tradicional representam uma reação ao sistema de justiça penal - nacional ou internacional - inspirado no modelo ocidental de justiça retributiva e aspiram oferecer uma aproximação ao conflito que considere a cultura, as tradições e as necessidades locais³⁴².

As maiores resistências aos mecanismos de justiça tradicional decorrem da ideia ocidental e eurocêntrica construída no período colonial de que os países ocidentais constituem o suporte da modernidade civilizacional, enquanto os povos, ideologias e culturas diversas são percebidos como o “outro”, fora da modernidade³⁴³. Nas palavras de Barona, o imperialismo de normas e valores ocidentais advém da “*gran narrativa imperial, en la que ‘nosotros’ somos civilizados, amantes de la paz, democráticos, humanitários, virtuosos, benevolentes. Y ‘ellos’ son incivilizados, violentos, irracionales, atrasados, peligrosos, oprimidos, y por lo tanto, deben ser sancionados, rescatados y transformados por una violencia que es a la vez, defensiva, abrumadora, humanitaria e benévola*”³⁴⁴.

Ademais, há ainda uma relutância em aceitar a legitimidade desses mecanismos em razão da ideia de universalismo dos direitos humanos, da qual decorrem regras e padrões universais que negligenciam processos, conhecimentos e relações locais como efetivos recursos para a promoção de direitos humanos. Nessa tônica, Nagy assinala ainda que, a despeito do argumento de que existe um consenso em torno de alguns direitos essenciais, a

³⁴¹ LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 20; SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 59

³⁴² NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 86

³⁴³ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 100

³⁴⁴ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 139

pretendida universalidade decorre de concepções ocidentais de justiça, equidade, direitos e punição, de modo que a formulação e caracterização desses elementos é determinada por atores limitados e subjacentes e se fragmenta conforme linhas geográficas e conceituais³⁴⁵. Em consonância com essa concepção, o ICJT afirma que “*all transitional justice approaches are based on a fundamental belief in universal human rights. But in the end, each society should - indeed must - choose its own path*”³⁴⁶.

Diversos acadêmicos que rejeitam as principais teorias universalistas o fazem com fundamento na legitimidade do pluralismo moral, cultural e legal e na necessidade de ajustar *standards* internacionais de direitos humanos e garantias fundamentais aos vários estágios do desenvolvimento econômico e político³⁴⁷. Sem qualquer pretensão de perscrutar o tema, oportuno consignar que o pluralismo legal compreende um importante recurso para analisar e entender a interação entre concepções internacionalizadas de justiça de transição e mecanismos locais baseados em leis consuetudinárias e valores tradicionais, uma vez que aborda a relação entre grupos subordinados e dominantes³⁴⁸ e importa um compromisso sociolegal que promove a interação entre ordenamentos oficiais e não oficiais, questionando a centralidade do Estado como única fonte normativa legítima³⁴⁹.

Conforme preconiza o SGNU, a justiça de transição deve oferecer a devida consideração a tradições, rituais e simbolismos nativos (*indigenous*) culturalmente relevantes na administração da justiça e na resolução de conflitos, a fim de oportunizar o desenvolvimento e implementação de mecanismos mais sincréticos, que harmonizem elementos restaurativos e retributivos, superem o imperialismo de práticas e interpretações predominantemente ocidentais, oportunizem uma transformação pessoal e social significativa, fortaleçam o Estado de direito e promovam a paz e segurança duradouras³⁵⁰. Cabível reiterar que os mecanismos de justiça de transição devem ser compreendidos como

³⁴⁵ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 97 – 101. No mesmo sentido: BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 135

³⁴⁶ ICTJ: *What is Transitional Justice? Ob. Cit.*, 2009

³⁴⁷ SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural (...)” *Ob. Cit.*, 2004, p: 63

³⁴⁸ Essa relação de dominação e subordinação pode dar-se entre colonizadores e colonizados, entre maiorias e minorias étnicas e culturais, bem como na relação entre Norte e Sul ou ocidente e oriente.

³⁴⁹ Cf. NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 102, “legal pluralism (...) is characterized by a practice of give-and-take between international standards and local practices”.

³⁵⁰ ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice*, par: 7. No mesmo sentido: LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 19 e 21; LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” *Ob. Cit.*, 2014, p: 73

instituições complementares, de modo que a implementação de medidas de justiça tradicional não deve excluir a possibilidade de utilização de outros mecanismos³⁵¹.

Sobre a temática em tela, as cortes *Gacaca* são provavelmente o exemplo empírico mais emblemático. Diante do elevado número de supostos responsáveis pelo genocídio em Ruanda e a insuficiência dos mecanismos jurisdicionais ordinários, tanto de caráter interno como internacional, o governo ruandês estabeleceu em 2001 as cortes *Gacaca*³⁵² - como resposta ao fracasso da justiça “ocidental” retributiva representada pelo TPIR³⁵³ -, com o objetivo de endereçar o problema da responsabilidade penal, promover a verdade e lograr a reconciliação em comunidades profundamente danificadas pelo conflito por meio de seus próprios códigos e costumes sociais³⁵⁴.

Mister reconhecer que o TPIR garantiu a responsabilidade penal para os principais *génocidaires*, os quais nunca viriam a julgamento de outra forma, bem como conquistou importantes resultados simbólicos, como a primeira condenação de estupro como crime de genocídio e a reafirmação da própria moralidade da comunidade internacional. Entretanto, a legitimidade desse tribunal foi assolada por acusações de corrupção e interesses políticos escusos, pela inequívoca morosidade nos julgamentos e pela incapacidade do tribunal de investigar e julgar soldados da *Rwandan Patriotic Front* (RPF) por crimes de guerra³⁵⁵.

Diante dessa problemática, as cortes *Gacaca* foram implementadas visando a realização de cinco objetivos precípuos, quais sejam: *a)* revelar a verdade sobre o genocídio; *b)* descongestionar o sistema judicial formal e abreviar a duração dos processos de genocídio e crimes contra a humanidade; *c)* erradicar a cultura de impunidade; *d)* fortalecer a unidade

³⁵¹ ICTJ: *What is Transitional Justice? Ob. Cit.*, 2009

³⁵² Cf. HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 49-52, *Gacaca* é um mecanismo tradicional de resolução de conflitos em Ruanda que remonta ao século XVI e se traduz na realização de reuniões de natureza *ad hoc* a serem convocadas quando surgissem disputas que exigissem uma forma de arbitragem, não sendo essas reguladas por qualquer tipo de legislação escrita. Não obstante, as cortes *Gacaca* pós-genocídio diferem-se em alguns aspectos significativos de seus antecessores, sobretudo porque essas aplicam uma legislação nacional positivada (Lei Orgânica 40/2000, de 26 de janeiro de 2001) quando da prolação de julgamentos. Conforme argumentos das autoridades ruandesas, tal mudança teve como objetivo adaptar o sistema tradicional à severidade dos crimes a serem julgados, a saber, crime de genocídio ou crimes contra a humanidade cometidos entre 1 de outubro de 1990 e 31 de dezembro de 1994.

³⁵³ Cf. NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 87, o cumprimento dos ditames do devido processo legal implicaria um período de aproximadamente cem anos para concluir todos os processos. Havia uma necessidade urgente de processar cerca de 120.000 suspeitos que seguiam definhando durante anos na prisão sem o devido julgamento, o que constitui, *per si*, uma violação de direitos humanos.

³⁵⁴ PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 134; NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 94.

³⁵⁵ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 92

e reconciliação entre ruandeses; e) e provar a capacidade do Estado de resolver seus próprios problemas³⁵⁶. Some-se a isso o desejo de estabelecer um processo embasado na tradição da comunidade ruandesa e permitir o envolvimento de todos os cidadãos, inclusive populações rurais e analfabetas, na promoção da justiça, verdade e reconciliação³⁵⁷.

A despeito do reconhecimento das cortes *Gacaca* como um mecanismo de justiça de transição legítimo e culturalmente apropriado, esse não é isento de críticas, sendo a mais relevante delas o fato de que, globalmente, as estratégias de reconciliação do governo ruandês retrataram todos os Tutsi como vítimas e negaram o mesmo reconhecimento às vítimas Hutu, bem como equivocaram-se ao analisar a complexidade e as causas subjacentes dos ciclos de violência que deram origem e se desenvolveram durante o genocídio. Isso posto, argumenta-se que as cortes *Gacaca* acabaram por ser utilizadas como um instrumento de controle social para consolidar o poder da RPF no governo após o genocídio e isentar a responsabilidade de seus membros, traduzindo-se em uma “justiça dos vencedores” que falhou em seu objetivo de promover a reconciliação e a verdade restaurativa³⁵⁸. Sobre isto, Nagy assinala que a impunidade de soldados da RPF por crimes de guerra é atualmente um dos maiores obstáculos à reconciliação em Ruanda, uma vez que acabou por criar uma hierarquia moral de acertos, erros, dores e sofrimentos³⁵⁹.

A título de exemplo, mencione-se ainda que a incorporação de líderes locais nas CVRs de Serra Leoa e do Timor Leste e a utilização de práticas tradicionais Acholi como o *mato oput*, em combinação com anistias condicionais, em Uganda do Norte são reconhecidas como abordagens tradicionais à justiça e à reconciliação em contextos transicionais³⁶⁰.

Feitas essas sucintas considerações, depreende-se que se faz necessária uma abordagem pluralística do conflito e um diálogo construtivo entre normas internacionais e costume locais, a fim de evitar a imposição de “*one-size-fits-all solutions*” e oportunizar a flexibilização, contestação e contextualização de conceitos e paradigmas, em oposição a imperativos pré-determinados e universais de justiça e direitos humanos³⁶¹.

³⁵⁶ HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice (...)* Ob. Cit., 2015, p: 52

³⁵⁷ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” Ob. Cit., 2009, p: 93

³⁵⁸ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” Ob. Cit., 2009, p: 95 e 104; LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation (...)” Ob. Cit., 2014, p: 28

³⁵⁹ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” Ob. Cit., 2009, p: 105. “Rather than treating all Rwandans as victims of genocide and civil war, gacaca enhances the social cleavages that it ostensibly seeks to eradicate”

³⁶⁰ FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” Ob. Cit., 2012, p: 49

³⁶¹ NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism (...)” Ob. Cit., 2009, p: 102

3.4. A anistia na era da responsabilidade

A concessão de anistia é uma prática que possui sua origem nos primórdios da história da humanidade. Desde tempos remotos, regimes sucessores têm procurado assegurar a paz e a estabilidade por meio do perdão de seus inimigos, sendo certo que até hoje a anistia ainda é um importante componente em negociações que visam cessar um conflito prolongado ou restaurar a democracia após um período ditatorial³⁶².

A anistia confere imunidade a pessoas ou grupos de pessoas que tenham cometido atos ilícitos em uma determinada época e vinculados a uma determinada motivação, atribuindo a esses um “esquecimento judicial”, uma vez que obsta o início ou o prosseguimento de investigações ou persecuções penais³⁶³. Nos termos propostos pelo CICV, anistia “*is an act by the legislative power which eliminates the consequences of certain punishable offences, stops prosecutions and quashes convictions*”³⁶⁴.

Oportuno mencionar que nas últimas décadas do século XX, como reação ao espectro da impunidade decorrente do uso abusivo e arbitrário de anistias em branco e autoanistias por ditadores militares, sobretudo no Cone Sul, observou-se uma mudança no paradigma internacional em relação à anistia e a emergência de um forte preceito de combate à impunidade, no sentido de que os Estados estão obrigados a perseguir e punir crimes internacionais, de modo que são inadmissíveis perante o direito internacional disposições que obstem a persecução penal ou deixem sem efeito sentenças condenatórias³⁶⁵.

Isso posto, o presente tópico tem como escopo avaliar e compreender a controvérsia das anistias internas para violações graves de direitos humanos perante o direito internacional. Essa é uma questão complexa para a qual não há uma resposta clara ou consensual. Os motivos para essa complexidade e dubiedade são diversos, embora estejam intrinsecamente correlacionados com a evolução e significativa transformação que tanto a anistia quanto os preceitos de direito internacional penal experimentaram nas últimas décadas³⁶⁶.

³⁶² FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 42

³⁶³ ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 77

³⁶⁴ CICV (1987): Comentários ao Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativos à proteção de vítimas em conflitos armados não internacionais (Protocolo II), de 8 de junho de 1977. Persecuções penais, par. 4617

³⁶⁵ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 695; AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 125; PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 80

³⁶⁶ PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 79

3.4.1. A controvérsia da anistia no âmbito do direito internacional

Consoante ensinamentos de Kai Ambos, para que a anistia seja admissível perante o direito internacional, faz-se necessário um “exame de proporcionalidade” que pondere os interesses em conflito, a natureza e a gravidade dos crimes praticados e a adequabilidade e necessidade da medida para lograr os objetivos almejados. Destarte, há alguns critérios particularmente importantes que limitam o alcance da anistia, dentre os quais cabe mencionar: *a)* limitação *ratione materiae* em relação aos crimes internacionais; *b)* limitação *ratione personae* relativamente aos principais responsáveis pelas violações perpetradas; *c)* necessidade de imputação de alguma forma de responsabilidade aos indivíduos que se beneficiarão da anistia e de esclarecimento da verdade em relação aos fatos; *d)* imprescindibilidade de uma avaliação compreensiva dos efeitos políticos, sociais e econômicos globais decorrentes da medida³⁶⁷.

A limitação *ratione materiae* em relação aos crimes internacionais, conforme já anteriormente consignado, decorre do argumento de que o direito internacional consuetudinário impõe aos Estados o dever inderrogável de perseguir e punir referidos crimes, sendo, portanto, vedada a concessão de anistia em relação a esses. Sobre isso, o SGNU assinala que, embora a anistia seja um conceito jurídico aceito e compreenda um gesto de paz e reconciliação ao fim de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, essa não deve ser concedida quando estiverem em causa *crimina juris gentium*³⁶⁸. Em simetria, a CDH da ONU alvitra que, ainda que tenha por finalidade criar condições propícias para alcançar um acordo de paz ou favorecer a reconciliação nacional, a anistia não pode beneficiar perpetradores de crimes graves conforme o direito internacional³⁶⁹. Entretanto, essa concepção é altamente controversa na doutrina internacional, conforme demonstrar-se-á a seguir.

No âmbito dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, direito humanitário ou direito internacional criminal, o que mais se destaca é a ausência de proibições expressas à concessão ou proibição de anistias, salvo uma (inesperada) exceção, o artigo 6 (5) do Protocolo Adicional (II) às Convenções de Genebra relativo à proteção de

³⁶⁷ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 69, par: 16 e p: 78-81, par: 21

³⁶⁸ ONU: SGNU (2000). *Relatório sobre o estabelecimento da Corte Especial para Serra Leoa*. S/2000/915, de 4 de outubro de 2000, par: 22; ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice (...)*. S/2004/616, par: 10 e 64

³⁶⁹ ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles (...)* E/CN.4/2005/102/Add.1. Princípio 24.

vítimas de conflitos armados não internacionais de 1977, o qual preleciona que no rescaldo de um conflito armado não internacional, as autoridades devem procurar conceder anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito ou que se encontrem privadas de liberdade por motivos diretamente relacionados a esse. A interpretação literal desse enunciado pode induzir à ideia de que uma anistia ampla, desde que concedida no âmbito de conflitos internos, mostrar-se-á válida perante o direito internacional. Entretanto, conforme propõe o CICV, o objetivo da norma em epígrafe é encorajar ações de reconciliação que contribuam para o restabelecimento das relações sociais no seio de uma nação dividida, de modo que a anistia deve ser concedida somente a autores de violações legais cometidas como consequência direta da disputa, não resguardando, de forma alguma, graves e sistemáticas violações de direitos humanos. Apesar desse entendimento, cortes domésticas como a Suprema Corte de El Salvador, a Corte Constitucional da África do Sul e a Corte Suprema Chilena fizeram uso do artigo em epígrafe para fundamentar a legalidade das leis de anistia de seus países perante o direito internacional³⁷⁰.

Não obstante a ausência de qualquer referência expressa à anistia na linguagem dos tratados internacionais, diversos tribunais e a doutrina majoritária têm argumentado que as obrigações impostas por referidos tratados implicam o dever do Estado de perseguir e punir crimes internacionais, em particular aqueles que preveem o direito à justiça – por meio da persecução penal - para violações de direitos humanos. Em sentido diverso, parte dos estudiosos do tema advogam que as disposições contidas em tratados internacionais indicam que o direito internacional não estabelece uma proibição absoluta para as anistias, mas concede aos Estados uma margem de apreciação e valoração no que tange à concessão dessas, cabendo a cada Estado ponderar entre o dever internacional de processar e julgar e os eminentes interesses e necessidades nacionais, nomeadamente, a reconciliação nacional e a pacificação³⁷¹.

Consigne-se ainda que a ausência de uma posição definitiva por parte do TPI refuta a assertiva de que existe uma norma internacional de *jus cogens* que proíba a concessão de anistia. Desde uma perspectiva política e diplomática, esse silêncio se deve à relutância dos

³⁷⁰ Comitê Internacional da Cruz Vermelha (1987). *Comentários ao Protocolo Adicional (...)*, par. 4617; HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 212, *Rule 159*. Sobre isso: AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...)* *Ob. Cit.*, 1999, p: 127

³⁷¹ Para uma análise sobre os entendimentos divergentes conferidos pela doutrina: AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...)* *Ob. Cit.*, 1999, p: 128; CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 313; PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 84

Estados em vincular-se a tratados que expressamente proibam a concessão de anistia, uma vez que essa representa uma ferramenta pragmática e substancial no exercício da soberania, tanto em âmbito nacional como internacional³⁷².

Conforme já anteriormente consignado no capítulo anterior deste estudo, verificam-se entendimentos no sentido de que a proibição de anistiar perpetradores de crimes internacionais é uma implicação direta do dever consuetudinário dos Estados de perseguir crimes internacionais. Entretanto, essa compreensão resta seriamente comprometida pela inconsistência das práticas estatais em relação à concessão de anistias em contextos transicionais, uma vez que a prática consistente dos Estados constitui uma condição necessária para que se possa afirmar a cristalização de um preceito de direito consuetudinário. Diversos estudos sobre as políticas de anistia no cenário internacional oferecem uma confirmação empírica incontestável de que, a despeito da ascensão de uma norma que imponha o dever de perseguir e punir crimes internacionais, verificou-se, nas últimas décadas do século passado, um aumento no número de anistias internas concedidas a eventuais perpetradores de crimes internacionais³⁷³.

Mencione-se ainda que, no âmbito da jurisprudência internacional, partir da decisão da CIDH no caso *Barrios Alto*, estabeleceu-se o entendimento de que existem limites absolutos à faculdade de anistiar com base na gravidade dos crimes praticados³⁷⁴. É evidente que a jurisprudência internacional contribui significativamente para a cristalização de um preceito costumeiro, sem embargo, cumpre assinalar que a jurisprudência é uma fonte subsidiária de direito internacional³⁷⁵ e, portanto, pode apenas enunciar considerações sobre as tendências e o conteúdo do direito consuetudinário, não sendo competente para “produzir” tais normas, uma vez que as decisões proferidas por referidas instâncias não constituem a prática dos Estados³⁷⁶. O entendimento jurisprudencial no sentido de que existe uma norma

³⁷² FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 44

³⁷³ FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 43-46; BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...)* *Ob. Cit.*, 2011, p: 51

³⁷⁴ CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, Par: 41

³⁷⁵ Estatuto da CII, art. 38 (1) (d). Sobre isso: MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma (...)* *Ob. Cit.*, 2006, p: 124 e ss.

³⁷⁶ Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie. “A contribution to the understanding (...)” *Ob. Cit.*, 2005, p: 179, “although decisions of international courts are subsidiary sources of international law, they do not constitute State practice. This is because, unlike national courts, international courts This is because, unlike national courts, international courts are not State organs. Decisions of international courts are nevertheless significant because a finding by an international court that a rule of customary international law exists constitutes persuasive evidence to that effect. In addition, because of the precedential value of their decisions, international courts can also contribute to the emergence of a rule of customary international law by influencing the subsequent practice of States and international organizations”.

de direito consuetudinário cristalizada que imponha aos Estados o dever de perseguir e punir crimes internacionais reflete aquilo que a comunidade internacional quer obter, ou seja, o que ela reivindica, de modo que os tribunais acabam por tentar promover – com escassas evidências –, e não identificar a cristalização de tal preceito³⁷⁷.

Isso posto, depreende-se que, hodiernamente, o máximo que se pode afirmar é a existência de uma norma consuetudinária emergente que refuta a concessão de anistia para crimes internacionais³⁷⁸. Se tal norma realmente cristalizar-se-á ou se sobrevirá uma reinterpretção acerca da anistia, é uma mera questão de especulação³⁷⁹. No âmbito da discussão aqui postulada, Freeman e Pensky asseveram que “*indeed, if there is such a thing as an emergent legal position, it may be an accountability norm that moves beyond a narrow and retributivist conception of legal punishment*”³⁸⁰.

No que se refere à limitação *ratione materiae*, cabível a crítica de Malarino, no sentido de que uma regra que estabeleça limites absolutos e intransponíveis à faculdade de anistiar crimes graves acaba por impedir a possibilidade de que esse mecanismo seja implementado em uma situação de conflito³⁸¹.

No que tange à limitação *ratione personae*, argumenta-se que a anistia pode beneficiar apenas ofensores de baixo e médio escalão, posto que aqueles que alegadamente tenham liderado, planejado, instigado ou ordenado a perpetração de violações graves e sistemáticas de direitos humanos – em razão de sua particular responsabilidade - devem responder criminalmente por seus atos, perante uma corte nacional ou internacional³⁸². Consoante assinala Pensky, considerando-se que a anistia compreende um componente essencial para maximizar a eficácia de outros mecanismos que visam conciliar os objetivos de segurança, estabilidade democrática e justiça, a concessão de anistia a ofensores de “menor potencial” deve ser parte integrante de um processo de desmilitarização, desarmamento e reintegração de ex-combatentes³⁸³. Nas palavras de Olsen, Payne e Reiter, quando a anistia faz parte de um processo de justiça restaurativa, esse mecanismo tende a

³⁷⁷ PENSKEY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 91-94

³⁷⁸ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...)* *Ob. Cit.*, 2011, p: 49

³⁷⁹ FREEMAN, Mark; PENSKEY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p:56

³⁸⁰ FREEMAN, Mark; PENSKEY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 64

³⁸¹ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 428, par: 4

³⁸² CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 451

³⁸³ PENSKEY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 100. Consoante preleciona Pensky, os ofensores de “menor potencial” que aqui se faz referência podem, inclusive, ser perpetradores de crimes internacionais, desde que, considerando-se a pirâmide de responsabilização, esses retem caracterizados como ofensores de baixo ou médio escalão.

aumentar a estabilidade do novo governo, particularmente em razão da incorporação de antigos perpetradores na sociedade civil democrática³⁸⁴.

Consigne-se ainda que é entendimento pacífico que a anistia, *per se*, não é um instrumento hábil para satisfazer as demandas de uma verdadeira reconciliação, de modo que essa deve necessariamente ser acompanhada de mecanismos alternativos que permitam o completo e público estabelecimento da verdade e o reconhecimento das condutas criminosas por parte de seus responsáveis³⁸⁵. Assim sendo, depreende-se que a anistia é aceitável, e talvez até mesmo instrumental, desde que seja parte de um processo de justiça de transição que inclua mecanismos caráter restaurativo, tais como CVRs e programas de reparação. Nessa tônica, Berdugo Gómez de la Torre advoga que, ainda que seja renunciada como imprescindível para o processo de abertura política, a anistia não pode ser um impedimento ao direito à verdade, posto que a ampla investigação sobre as violações perpetradas no passado e a imputação de alguma forma de responsabilidade são elementos fundamentais para a construção de um Estado democrático fundamentado no respeito e na promoção de direitos humanos³⁸⁶.

A admissibilidade da anistia perante o direito internacional depende ainda de uma análise acerca das características e particularidades dessa, fazendo-se necessária uma distinção entre anistias absolutas e condicionais.

A anistia absoluta, também denominada ampla, geral ou incondicionada, tem como finalidade primária “esconder e perdoar” completamente os crimes cometidos no passado, uma vez que impede qualquer investigação em relação a esses, obsta a identificação dos perpetradores, obstrui o acesso à justiça e, por conseguinte, conduz ao desamparo das vítimas e à perpetuação da impunidade³⁸⁷.

Nesse âmbito, oportuno trazer à baila as questões referentes às autoanistias, as quais constituíram-se peças fundamentais para facilitar processos transicionais, sobretudo no contexto latino-americano³⁸⁸. Leis de autoanistia violam a exigência de “razoabilidade” da

³⁸⁴ OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 351

³⁸⁵ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 20, par: 4. Em suas palavras, a concessão de anistia pressupõe a cooperação efetiva daquele que dela se beneficiará, orientada para o esclarecimento da verdade sobre os fatos e reconhecimento de sua responsabilidade.

³⁸⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* *Ob. Cit.*, 2017, p:19

³⁸⁷ AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 50; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* *Ob. Cit.*, 2008, p: 90, par: 25

³⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional (...)* *Ob. Cit.*, 2017, p:8

lei, decorrente do princípio da legalidade, tendo em vista que nenhuma lei pode ser considerada “razoável” e orientada para o bem comum quando aquele que tem o poder de legislar persegue somente seus próprios interesses³⁸⁹. Referidas leis, a despeito de sua legalidade no plano do direito interno, encontram-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do DIDH e com valores superiores como a verdade e a justiça, de modo que essas não podem representar um obstáculo à investigação dos fatos ou à identificação e punição dos responsáveis³⁹⁰.

Depreende-se, portanto, que as anistias absolutas – incluídas nesse conceito as autoanistias - são inadmissíveis perante o direito internacional e, por conseguinte, não vinculam terceiros Estados, os quais podem, no exercício da jurisdição que lhes compete ou sob os auspícios do princípio da jurisdição universal, perseguir e punir perpetradores de crimes internacionais que tenham sido beneficiados por uma anistia absoluta em âmbito nacional³⁹¹.

Isso posto, verifica-se que as anistias concedidas por países como Chile, Argentina, Peru, Nicarágua, El Salvador, Honduras, Guatemala e Brasil nas décadas de 1970 e 1980, sem restrição dos crimes abarcados e dos possíveis beneficiários e decorrentes de pressões políticas por parte daqueles que, de outro modo, teriam sido sujeitos à persecução penal, não são passíveis de reconhecimento jurídico internacional e até mesmo interno, uma vez que claramente violam múltiplas normas e preceitos internacionais³⁹². A título de exemplificação, realizar-se-á na sequência desse estudo uma análise, ainda que sucinta, de exemplos paradigmáticos de anistias amplas, nomeadamente a anistia do Chile e de Serra-Leoa.

No Chile, a partir do golpe de Estado (*coup d’État*) do general Augusto Pinochet, em 11 de setembro de 1973, a junta militar assumiu o “mando supremo da nação”, decretou Estado de sítio em todo o território nacional e restringiu sistematicamente diversos direitos,

³⁸⁹ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 130

³⁹⁰ CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001. Voto Cançado TRINDADE, par: 6; CIDH: *Caso Barrios Altos (...) vs. Peru*, 2001, par: 44

³⁹¹ DUGARD, John. “Possible Conflicts of Jurisdictions (...)” *Ob. Cit.*, 2002, p: 699; ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos (...) Ob. Cit.*, 2009, p: 83

³⁹² AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho (...) Ob. Cit.*, 1999, p: 139; TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 53; PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 99; BACKER, David. “Cross-National Comparative (...)” *Ob. Cit.*, 2008, p: 43-44. Backer traz em seu estudo tabela descritiva de anistias, perdões e outras formas de limitação da responsabilidade concedidas por diversos Estados entre 1977 e 2008, cuja leitura é de grande interesse e altamente recomendada. (p: 45–49).

garantias e liberdades fundamentais³⁹³. Nesse contexto, em 18 de abril de 1978, a junta de governo, exercendo seu poder legislativo, promulgou o Decreto-lei 2191, o qual concede anistia a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou encobridores, tenham incorrido em fatos delituosos durante a vigência do Estado de sítio, compreendido entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978³⁹⁴.

No que tange à jurisprudência dos tribunais chilenos quanto à aplicação da lei de anistia, possível a identificação de três momentos distintos. *Ab initio*, a Corte Suprema de Justiça negou o valor dos tratados e normas internacionais e aplicou irrestritamente a lei de anistia, com o fundamento de que a suspensão do mandato de referida lei afetaria a ordem constitucional e o Estado de direito; ademais, a corte valorou a anistia como um “*acto de alta política*”, definindo-a como um “*fenómeno histórico*” necessário para a convivência e reconciliação da sociedade após um período de crise interna³⁹⁵. A partir de 1998, a Corte matizou sua posição e introduziu reflexões sobre os limites provenientes de obrigações contraídas pelo Estado no âmbito do direito internacional³⁹⁶. No ano de 2004, verificou-se uma mudança de paradigma no entendimento da Corte Suprema de Justiça, a qual reconheceu a aplicação preeminente de tratados internacionais e de normas de *jus cogens* e declarou a inaplicabilidade da lei de anistia aos fatos qualificados como *crimina juris gentium*³⁹⁷.

Um exemplo mais recente de anistia absoluta pode ser depreendido do Acordo de Paz de Lomé, firmado em 7 de julho de 1999 entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida, o qual prevê em seu artigo 9 (2) a concessão de perdão livre e

³⁹³ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 13 e 14. Conforme estatísticas do Ministério do Interior, durante a ditadura chilena registraram-se 1.183 casos de pessoas detidas e desaparecidas, 2008 execuções extrajudiciais por razões políticas e, segundo o informe da Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura, foram registradas 35.868 denúncias por tortura.

³⁹⁴ Chile: Decreto-lei 2191, de 19 de abril de 1978, art. 1º. Sublinhe-se que referida lei foi promulgada pela própria junta militar, em um período assinalado pela supressão da divisão de poderes, de modo que essa caracteriza-se como uma lei de autoanistia.

³⁹⁵ **Chile: Corte Suprema de Justiça, Sentença Rol 4771, de 19.11.1993.** *Apud.* ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 21. Nos termos da decisão: “*la amnistía es más que el perdón del delito. Es un acto de alta política, por el que los gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado*”.

³⁹⁶ Chile: Corte Suprema de Justiça, Sentença Rol 469, de 9.9.1998, proferida no caso de desaparecimento forçado de Enrique Poblete Córdova. *Apud.* ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 22.

³⁹⁷ Chile: Corte Suprema de Justiça, Sentença Rol 517, de 17.11.2004, proferida no caso de desaparecimento forçado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. *Apud.* ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 24-26

absoluto por parte do governo a todos os combatentes e colaboradores em relação a todos os atos por eles praticados na luta para alcançar seus objetivos³⁹⁸. Referido dispositivo foi objeto de reserva por parte do SGNU quando da assinatura do Acordo de Lomé³⁹⁹, o qual reputou a anistia prevista no acordo inaplicável a crimes internacionais, posto que, *inter alia*, tal prática mostra-se contrária ao desenvolvimento do direito internacional consuetudinário e às obrigações previstas em tratados e convenções cujo fim seja proteger a humanidade⁴⁰⁰. Sublinhe-se que o posicionamento da ONU se contrapôs ao entendimento da CVR de Serra Leoa, outro mecanismo previsto no Acordo de Lomé, a qual endossou os termos do acordo de anistia como um recurso de *ultima ratio* necessário para evitar a continuidade da violência em massa⁴⁰¹.

Em consonância com esse entendimento, o artigo 10 do Estatuto da CESL dispõe que a anistia não será obstáculo à persecução penal em relação aos crimes internacionais referidos no estatuto. Sobre isso, menciona-se que a CESL, no acórdão “*Prosecutor vs. Kallon e Kamara*”, reconheceu a existência de um preceito de direito internacional que impede a concessão de anistia para crimes internacionais, mas destacou tal norma ainda se encontra em desenvolvimento, não sendo inteiramente correto o entendimento de que exista um dever consuetudinário cristalizado que imponha aos Estados o dever inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais⁴⁰².

A anistia condicional ou responsável (*accountable amnesty*), diferentemente da anistia ampla, não exime automaticamente de castigo autores de crimes cometidos durante um determinado período de tempo, mas condiciona a concessão do benefício à realização de

³⁹⁸ ONU: CSNU (1999) *Acordo de Paz entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa (Acordo de Paz de Lomé)*, concluído em 7 de julho de 1999. S/1999/777. Sobre isto: PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* Ob. Cit., 2009, p: 74-75; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* Ob. Cit., 2008, p: 87, par: 24

³⁹⁹ Cf. ONU: CSNU (2000). Resolução 1315. S/RES/1315(2000), preâmbulo, “*the Special Representative of the Secretary-General appended to his signature of the Lomé Agreement a statement that the United Nations holds the understanding that the amnesty provisions of the Agreement shall not apply to international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian law*”.

⁴⁰⁰ Sobre isso: CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law*. Ob. Cit., 2003, p: 314-315; AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* Ob. Cit., 2008, p: 87-88, par: 25; FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” Ob. Cit., 2012, p: 60

⁴⁰¹ FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. “The Amnesty Controversy in (...)” Ob. Cit., 2012, p: 61

⁴⁰² *Prosecutor vs. Morris Kallon and Brimma Bazzy Kamara*, SCSL-2004-15-AR72(E) e SCSL-2004-12-AR72(E), decisão de 13 de março 2004, § 71 *Apud*. PENSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” Ob. Cit., 2011, p: 96

certos atos por parte do beneficiário, precipuamente a satisfação dos legítimos interesses e direitos das vítimas, com o fito de cumprir o núcleo do elemento justiça⁴⁰³.

Uma anistia condicional, democrática, transparente e que encerre em seu processo uma copiosa participação da sociedade, compreende uma medida legítima de responsabilidade política que oportuniza a ampla deliberação a respeito da natureza e significância das violações cometidas no passado e alberga uma efetiva punição, uma vez que a exposição pública dos fatos estigmatiza e desqualifica perpetradores de violações de direito humanos⁴⁰⁴. Sobre isso, Teitel assinala que “*transitional amnesties have their greatest legitimacy when they result from democratic processes. Adoption of amnesties policies do not necessarily mean forgetting the underlying past wrongs, as these are often made conditional upon individual case-by-case investigations equivalent to those of a punitive process*”⁴⁰⁵.

Consoante ensinamentos de Pinsky, o preceito da responsabilidade demanda uma abordagem compreensiva que reconheça a anistia condicional para autores de menor importância como parte integrante e indispensável de um processo mais amplo de reconciliação social e desmobilização, desarmamento e reintegração de ex-combatentes, transferindo-se a questão da anistia do âmbito estritamente legal para o âmbito social⁴⁰⁶.

A anistia sul-africana é o exemplo mais emblemático de anistia condicional. Nos termos da Lei 34 de Promoção da Unidade Nacional e Reconciliação, promulgada em 19 de julho de 1995, um específico Comitê de Anistia deve conceder anistia individual em relação aos atos associados a um objetivo político cometidos no curso dos conflitos do passado, sob a condição de que o requerente tenha revelado completamente todos os fatos relevantes⁴⁰⁷. Consoante ensinamentos de Kai Ambos, a anistia sul-africana teve como objetivo precípuo promover uma transição construtiva em direção a uma ordem democrática e cruzar uma “ponte histórica” no caminho para a reconciliação e a unidade nacional. A crítica que se coloca em relação à anistia sul-africana é que, com exceção da exigência de que o fato configure um crime político, essa não possui qualquer limitação *ratione materiae* ou *ratione*

⁴⁰³ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 104-105, par: 30

⁴⁰⁴ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p:105, par: 30

⁴⁰⁵ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 59

⁴⁰⁶ PINSKY, Max. “O status das anistias internas (...)” *Ob. Cit.*, 2011, p: 83

⁴⁰⁷ Lei 34 de Promoção da Unidade Nacional e Reconciliação, art. 3 (1) (b) e 20 (1), (2) e (3).

personae, sendo discutível que essas limitações amplamente reconhecidas possam ser ignoradas⁴⁰⁸.

Uma análise sobre a admissibilidade da anistia perante o direito internacional reclama uma necessária distinção entre a anistia ampla, cujo objetivo é impedir a responsabilização criminal de perpetradores de violações massivas de direitos humanos, e a anistia condicional e individualizada, reformulada e concedida no âmbito de uma abordagem abrangente de justiça transicional. No que tange à anistia ampla, é axiomático que essa não é passível de reconhecimento jurídico internacional; de modo diverso, a anistias condicional, concedida mediante uma decisão específica e individualizada proferida por uma corte ou uma CVR, cumpre as exigências da justiça e as normas de responsabilização de direito internacional e, por conseguinte, obsta o exercício da jurisdição penal por tribunais estrangeiros ou internacionais.

À vista disso, depreende-se que para que a anistia esteja em conformidade com os preceitos de direito internacional, essa deve ser adotada democraticamente, por um órgão legislativo competente, sendo absolutamente inadmissível qualquer forma de autoanistia, bem como deve ser acompanhada de uma investigação acerca das violações perpetradas, a fim de satisfazer o direito das vítimas e da sociedade como um todo de saber a verdade em relação aos fatos, sendo certo que tanto a concessão da anistia como a investigação a ser conduzida devem ser individualizadas, identificando e designando os responsáveis pelas atrocidades cometidas.

3.4.2. Uma abordagem contingente

Feitas essas considerações, oportuno trazer à baila as diversas abordagens que a anistia usualmente recebe na literatura da justiça transicional. Conforme propõe o estudo de Olsen, Payne e Reiter, a anistia é geralmente abordada sob três perspectivas distintas, a saber: *a)* a abordagem proponente (*proponent approach*) destaca a valor da anistia como mecanismos hábil para neutralizar ameaças de forças do antigo regime autoritário, estabelecer a paz, salvaguardar a democracia e promover a proteção de direitos humanos; *b)* a abordagem oponente (*challenger approach*) interpreta a anistia como uma barreira à promoção efetiva de direitos humanos e como um instrumento de perpetuação da cultura de impunidade; *c)* a abordagem contingente (*contingent approach*) defende o dever moral, legal

⁴⁰⁸ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...)* Ob. Cit., 2008, p: 110-111, par: 31

e político de responsabilizar penalmente perpetradores de violações graves de direitos humanos, mas considera que tal dever mostra-se adverso em determinados contextos políticos, razão pela qual reconhece a importância da anistia para interromper um conflito em curso ou facilitar a transição democrática⁴⁰⁹.

Sob a perspectiva proponente, a anistia é interpretada como o mecanismo mais adequado para curar as feridas, reduzir a animosidade e promover a reconciliação social em sociedades profundamente divididas, por meio do esquecimento dos crimes cometidos no passado, uma vez que as violações de direitos humanos usualmente são perpetradas por quaisquer dos lados envolvidos no conflito⁴¹⁰.

A abordagem oponente refuta o uso da anistia com base no argumento de que a falha da sociedade em responsabilizar perpetradores de violações graves e sistemáticas de direitos humanos faz perdurar as práticas de impunidade do regime anterior, ofende o predicado essencial do Estado de direito e acaba por subverter o processo democrático⁴¹¹. Alega-se ainda que é altamente duvidoso que uma medida de esquecimento e impunidade possa impactar positivamente na reconciliação social, sobretudo quando as violações de direitos humanos tenham sido cometidas por membros de grupos étnicos, religiosos ou políticos, de modo que a anistia pode suprimir temporariamente o ressentimento e o rancor, mas desenvolve na comunidade um senso de injustiça que, com o decorrer do tempo, pode fomentar o retorno do conflito em conjunturas ainda mais graves⁴¹². Ademais, conforme já anteriormente consignado, a reconciliação não deve ser compreendida em uma concepção minimalista de coexistência não letal, mas sim em uma concepção substantiva de reciprocidade democrática e harmonia social, de modo que não é resoluto afirmar que a abstenção da persecução penal em relação a violações graves e sistemáticas de direitos humanos conduza à reconciliação social e à paz sustentável⁴¹³.

A abordagem contingente, por sua vez, propõe uma análise compreensiva da anistia. Nessa tônica, Olsen, Payne e Reiter propõem a teoria do “equilíbrio da justiça” (*justice balance*) para explicar a relação entre persecuções penais e leis de anistia - e o efeito

⁴⁰⁹ OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 338-342

⁴¹⁰ CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 312

⁴¹¹ TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 54-55

⁴¹² AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation (...)” *Ob. Cit.*, 2014, p: 50; CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law. Ob. Cit.*, 2003, p: 313

⁴¹³ AMBOS, Kai. *El marco jurídico (...) Ob. Cit.*, 2008, p: 16-17, par: 4

estabilizador dessa última - com base em fatores políticos e econômicos, tendo em vista que os processos de justiça de transição são altamente condicionados pela realidade política, pelas relações de poder e pelas circunstâncias econômicas existentes na sociedade em questão.⁴¹⁴

Consoante preleciona Carlos Nino, o processo transicional compreende um acordo entre atores sociais condicionado por um desequilíbrio de poder, posto que usualmente os maiores responsáveis pelas violações perpetradas conservam uma ampla cota de poder e influência sobre o aparato estatal e militar e buscam garantir sua impunidade recorrendo à ameaça de impossibilitar a consolidação da paz e a construção do novo modelo democrático que se pretende instaurar⁴¹⁵. Isso posto, depreende-se que nas hipóteses em que os setores ou grupos envolvidos nas violações de direitos humanos tenham perdido toda sua cota de poder e influência, o governo sucessor possui uma maior discricionariedade quanto aos mecanismos de justiça de transição a serem implementados, incluindo-se, certamente, a persecução penal de perpetradores de violações graves e sistemáticas de direitos humanos. De modo diverso, em situações nas quais esses setores ou grupos conservem uma ampla cota do poder político ou militar, a realização da justiça retributiva mostra-se problemática ou até mesmo impossível, de modo que a promoção e consolidação da paz dependem, por vezes, da renúncia à persecução penal⁴¹⁶.

Nesse contexto, Huntington advoga que a persecução penal é desaconselhável nas hipóteses em que os responsáveis pelas violações massivas e sistemáticas de direitos humanos mantenham uma ampla base de poder, uma vez que os custos políticos e sociais de tal iniciativa seriam maiores que quaisquer benefícios morais decorrentes dessa⁴¹⁷. Em simetria, Olsen, Payne e Reiter assinalam que, havendo uma ameaça atual ou iminente de violência por parte de membros do antigo regime, a persecução penal desses contribui diminutamente para a realização dos objetivos da justiça de transição, posto que os custos e desvantagens decorrentes dessa medida - nomeadamente a instabilidade política - acabam por comprometer a paz nacional e a democracia. Em suas palavras, em situações de

⁴¹⁴ OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. "Conclusion: Amnesty (...)" *Ob. Cit.*, 2012, p: 344

⁴¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* *Ob. Cit.*, 2015, p: 99. No mesmo sentido: PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos (...)* *Ob. Cit.*, 2009, p: 137

⁴¹⁶ MALARINO, Ezequiel. "Breves reflexiones sobre la justicia (...)" *Ob. Cit.*, 2009, p: 417, par: 1; NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...)* *Ob. Cit.*, 2015, p: 234.

⁴¹⁷ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Third Wave: Democratization (...)* *Ob. Cit.*, 1991, p: 228.

instabilidade política e vulnerabilidade da democracia, “*accountability (...) takes the form of responsibility to protect the country from renewed conflict; it is not about holding individuals criminally responsible for past violence*”⁴¹⁸.

Consigne-se ainda que, embora os princípios e valores democráticos imponham uma independência do poder judiciário em relação à política, essa pretensão - viável em situações de normalidade - deixa de ser possível ou desejável em situações excepcionais nas quais a punição, ou até mesmo seu intento, possa colocar em risco a paz e a segurança dos cidadãos.

Com base nos argumentos retro mencionados, diversos estudos assinalam que a rígida aplicação da justiça retributiva aos complexos problemas de Estados em transição mostra-se contraproducente e pode, inclusive, representar um comprometimento à paz e à democracia, razão pela qual a anistia desempenha um papel crucial na constituição e estabelecimento de um regime político democrático fundamentado no Estado de direito, uma vez que protege a condição sem a qual esse não seria possível⁴¹⁹. Sobre isso, Carlos Nino adverte que talvez existam circunstâncias nas quais a investigação e a persecução penal dos abusos de direitos humanos debilitem a estabilidade democrática, não obstante, pode também ser verdade que a estabilidade alcançada pela abstenção da justiça retributiva pode esmaecer os valores morais que fundamentam o sistema democrático⁴²⁰.

No que tange à estabilidade econômica, argumenta-se que no rescaldo de um regime autoritário ou de uma guerra civil os Estados geralmente não possuem o desenvolvimento econômico necessário para garantir instituições jurídicas fortes, imparciais e legítimas para realizar julgamentos, razão pela qual esses usualmente optam por mecanismos de menor ou nenhum custo, como anistias *de iure* ou *de facto*⁴²¹.

Nessa tônica, a abordagem contingente propõe um processo gradual de “*delayed justice*” – tema já anteriormente abordado no presente estudo -, fundamentado no argumento de que persecuções penais temerárias e precipitadas podem frustrar a realização de um

⁴¹⁸ OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 355-356

⁴¹⁹ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 20; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 337; TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice. Ob. Cit.*, 2000, p: 51

⁴²⁰ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto (...) Ob. Cit.*, 2015, p: 220.

⁴²¹ BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia (...) Ob. Cit.*, 2011, p: 88; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 344-345 e 355. Na Indonésia, por exemplo, não existe uma lei oficial de anistia (*de iure*), entretanto, uma anistia *de facto* impede a persecução penal de perpetradores de violações de direitos humanos.

acordo de paz e a cessação da violência direta, uma vez que criam obstáculos à cooperação de líderes e perpetradores de violações. Ademais, julgamentos realizados em contextos de instabilidade e insegurança política e jurídica acabam por perpetuar a manipulação política, não a realização da justiça⁴²².

Para fins de conclusão, faz-se oportuna a transcrição dos ensinamentos de Malarino, no sentido de que *“una transición se hace más como se puede que como se quiere. En otras palabras, un proceso de transición trata de atender a las necesidades en el marco de las posibilidades”*, de modo que apenas uma análise compreensiva das idiossincrasias de cada caso concreto e das relações de poder existentes na sociedade pode determinar *“si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz”*⁴²³.

⁴²² OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty (...)” *Ob. Cit.*, 2012, p: 356

⁴²³ MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia (...)” *Ob. Cit.*, 2009, p: 422, par: 4 e p: 429-430, par: 4

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista dos argumentos e reflexões já manifestados ao largo do presente estudo, estas últimas linhas têm como objetivo oferecer sucintas considerações, ciente da limitação decorrente da impossibilidade de apresentar soluções definitivas, mas que permitam evidenciar os limites da necessária complementaridade entre os diversos mecanismos de justiça transicional.

Uma das poucas assertivas axiomáticas no âmbito da justiça de transição é que não existem *trade-offs* intransponíveis entre os valores de justiça, paz, verdade e reconciliação social, os quais devem ser compreendidos como objetivos interdependentes e que reforçam-se mutuamente. Dessa premissa decorre a conclusão de que os propósitos dos processos transicionais são copiosamente ambiciosos e complexos para serem concretizados por meio de uma solução única, de modo que se faz necessário um conjunto coordenado de ações jurídicas, políticas, econômicas, culturais, sociológicas e psicológicas para que esses objetivos possam ser efetivamente realizados.

No que tange especificamente à natureza e ao fundamento do dever de perseguir e punir crimes internacionais, restou evidenciado não existirem uma resposta definitiva e consensual para a problemática em questão. No entanto, é indubitável que existe uma norma de direito internacional consuetudinário que proíbe a perpetração de crimes de *jus cogens*, os quais compreendem imperativos inderrogáveis, a despeito de qualquer posituação no direito interno ou no direito internacional convencional. Ocorre que, inferir a cristalização de uma norma consuetudinária que obrigue os Estados a perseguir e punir referidos crimes mostra-se uma rota indireta, ambígua e com muitas lacunas.

No âmbito do direito internacional convencional, embora se reconheça que as normas fundamentais estabelecidas em tratados multilaterais de DIDH e de DIH constituem princípios consuetudinários inderrogáveis, considera-se que as obrigações fundamentais impostas por referidos tratados referem-se ao dever de fazer cessar tais práticas, proteger e respeitar direitos humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos, oferecer recursos efetivos às vítimas e responsabilizar – não necessariamente por meio da cominação de uma pena - perpetradores de *crimina juris gentium*. Ademais, a ausência de qualquer proibição expressa à concessão de anistias na linguagem desses tratados confere aos Estados uma margem de apreciação e valoração, cabendo a esses ponderar entre o dever

de perseguir e punir e os eminentes interesses e necessidades nacionais, nomeadamente, a paz e a reconciliação nacional.

Ainda que se entenda de forma diversa, faz-se necessário reconhecer que a cristalização de uma norma de direito consuetudinário depende da verificação de dois requisitos essenciais: a *opinio juris* e a prática consistente e generalizada dos Estados. Apesar da existência de uma *opinio juris* consolidada sobre a obrigação de perseguir e punir crimes internacionais, o uso reiterado de anistias constitui um obstáculo à cristalização desse dever como costume internacional. Assim sendo, o entendimento de que o dever em epígrafe compreende uma norma de direito consuetudinário só pode justificar-se por meio de uma redefinição do próprio conceito de prática estatal. Necessário salientar, entretanto, que essa concepção acaba por desvalorizar ou simplesmente ignorar a prática estatal e, por conseguinte, a aceitação ou conveniência política da norma, negligenciando o fato de que o processo de formação de um costume não é meramente – e tampouco predominantemente – legal, mas, em última análise, de natureza política.

No que tange ao princípio da jurisdição universal, cumpre reiterar que esse fundamenta-se na ideia de proteção diplomática, cooperação internacional e administração da justiça penal, minimizada a ideia de responsabilização. Referido princípio, ainda que compreendido por alguns autores como de caráter mandatório, não pode preterir a inconsistência da prática estatal, o que compromete a assertiva de que tal princípio possa fundamentar a cristalização de uma norma de caráter consuetudinário.

Destarte, reitera-se aqui o entendimento já anteriormente consignado de que não existe uma norma de direito consuetudinário cristalizada que determine um dever absoluto e inderrogável de perseguir e punir crimes internacionais. O dever em epígrafe deve ser compreendido como relativo e condicionado à análise das idiossincrasias do caso concreto e, assim sendo, um acordo que obste o exercício da jurisdição penal, mas, em contrapartida, implemente mecanismos alternativos que propiciem uma forma de responsabilidade e melhor contribuam para a promoção da verdade, da reconciliação e da paz, cumpre o dever – esse sim imperativo – de prevenir e reprimir crimes internacionais.

Ademais, o argumento de que a concessão de anistias nacionais obsta a responsabilização criminal por violações de direitos humanos e, por conseguinte, impede a efetivação desses direitos, é um argumento questionável, sobretudo porque a realização tão

somente da justiça penal não é capaz de assegurar a proteção e a promoção de direitos humanos.

Igualmente, sabe-se também que a anistia, *per si*, não é um instrumento hábil para satisfazer as demandas de uma verdadeira reconciliação, de modo que essa deve necessariamente ser acompanhada de mecanismos alternativos que permitam a reparação das vítimas, o esclarecimento da verdade e o reconhecimento da responsabilidade por parte de perpetradores.

É evidente que uma anistia absoluta, que exima automaticamente de castigo uma quantidade irrestrita de perpetradores de crimes cometidos durante um determinado íterim temporal e cujo objetivo seja impedir qualquer forma de responsabilização - incluída nesse conceito a autoanistia -, não é passível de reconhecimento jurídico internacional, uma vez que decorre de um processo decisório contaminado pela coação exercida por forças e setores sociais contrários ao êxito da transição e viola múltiplas normas e preceitos internacionais.

Não obstante, uma anistia condicionada, ou seja, concedida mediante uma decisão específica e individualizada proferida por uma corte ou uma CVR, sujeita à realização de determinados atos por parte do beneficiário e acompanhada de outros mecanismos de justiça restaurativa ou até mesmo retributiva, compreende uma medida legítima de responsabilidade política que oportuniza a ampla deliberação acerca da natureza e da significância das violações cometidas, alberga uma efetiva responsabilização e cumpre as exigências de justiça e as normas de responsabilização, sendo considerada, portanto, válida e admissível perante o direito internacional.

A abordagem contingente que se faz alusão neste estudo defende o dever moral, legal e político de responsabilizar penalmente perpetradores de violações graves de direitos humanos, com a ressalva de que, em determinados contextos políticos tal dever pode mostrar-se adverso, razão pela qual reconhece a importância da anistia para interromper um conflito em curso ou facilitar a transição democrática, evidenciando que os processos de transição são altamente condicionados pela realidade política, as circunstâncias econômicas e as relações (desiguais) de poder existentes na sociedade.

Nessa tônica, cumpre anotar que uma regra que estabeleça limites absolutos e intransponíveis à faculdade de anistiar crimes internacionais acaba por impedir a possibilidade de que esse mecanismo seja implementado em uma situação de conflito, o que, como visto, pode impedir ou dificultar a cessação desse. Ademais, a rígida aplicação da

justiça retributiva aos complexos problemas de Estados em transição mostra-se contraproducente e pode, inclusive, representar um comprometimento à paz e à democracia, tornando-se outro elemento do ciclo de violência entre prévios adversários e cristalizando as divisões sociais pré-existentes.

Necessário ainda reconhecer que versões reformuladas da anistia - incluídas em um conjunto de ferramentas de negociação no âmbito de uma abordagem abrangente de justiça transicional - desempenham um papel crucial na constituição e consolidação de um regime democrático fundamentado no Estado de direito, uma vez que protegem a condição sem a qual esse não seria possível, qual seja, a paz negativa.

Diante de todo o exposto ao largo este estudo, pode-se afirmar que existe uma posição legal emergente que prescreve a responsabilização de perpetradores de crimes internacionais. Entretanto, essa norma de responsabilização deve ser interpretada para além de uma visão restrita e retributiva de punição legal, de modo que os processos de justiça de transição devem ser orientados por uma perspectiva ampla acerca do elemento justiça, que englobe a justiça histórica e a necessidade de lidar com os fatos cometidos no passado, a justiça criminal e processual e a atribuição de responsabilidades, bem como a justiça prospectiva, orientada para o futuro e para a satisfação dos legítimos interesses das vítimas.

Por fim, cumpre assinalar que, para responder mais adequadamente às questões aqui suscitadas, faz-se imperiosa uma mudança ontológica que transcenda a visão universalista e dominante de justiça ocidental que acaba por impor um modelo de justiça contencioso, acusatório e retributivo, evite a imposição de modelos internacionais previamente estabelecidos e oportunize uma interpretação ampla dos conceitos de justiça e responsabilidade, sob uma perspectiva holística que compreenda e considere as idiossincrasias de cada situação concreta, as possibilidades e as efetivas necessidades da população impactada pelo conflito.

Ao final deste estudo, faz-se necessário consignar que as conclusões aqui enunciadas são, pela própria natureza do tema em análise, incompletas. Entretanto, esta deficiência deve ser vista como desejável – e possivelmente provocativa – para estimular estudos complementares e contínuos, em lugar de agasalhar uma solução definitiva.

Não obstante todos os óbices e contrariedades supramencionados, a história está ao lado da mudança social positiva. Qualquer um que se sinta descrente quanto às possibilidades de progresso social a nível global, apenas considere onde já estivemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIKEN, Nevin. T. “Rethinking reconciliation in divided societies – A social learning theory of transitional justice” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 40-65. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014.

ALMEIDA, Francisco Antonio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Edições Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2ª Ed. Buenos Aires: AdHoc, 1999.

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

ANDRIEU, Kora. “Political liberalism after mass violence – John Rawls and a ‘theory’ of transitional justice” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 85-104. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014.

BACKER, David. “Cross-National Comparative Analysis” In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 23-68. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008.

BARONA, Ignacio Forcada. *Derecho Internacional y Justicia Transicional: Cuando el Derecho se convierte en religión*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2011.

BARROS, Tomás Soares da Silva. *Fundamento e Alcance do Princípio da Jurisdição Universal*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

BEKOU, Olympia. *Complementarity and the ICC: A dangerous gamble?*. The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international conference

organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1ª Ed. Venice: Marsilio, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La Justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia*. Manuscritos cedidos pelo autor. Salamanca, 2017.

BICKFORD, Louis. *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Vol. 3. Detroit: Macmillan Reference USA, 2004

BRITO, Alexandra Barahona. “Introdução” In. BRITO, Alexandra Barahona; ENRIQUEZ, Carmen Gonzáles; FERNÁNDEZ, Paloma Aguilar (eds.). *Política da Memória: Verdade e Justiça na Transição para a Democracia*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004.

BRITO, Alexandra Barahona de. “Justiça Transicional e a Política da Memória: uma visão global”. *Revista Anistia: Política e Justiça de Transição*. N.1. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português* (Separata de: O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição do Estado – O caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *International criminal law: cases and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CIAMPI, Annalisa, “The obligation to cooperate” In. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 1607-1637. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CRENZEL, Emilio. *La historia política del Nunca Más: la memoria de las desapariciones en Argentina*. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.

DUGARD, John. "Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Commissions". In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 693-703. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DU TOIT, Stephanus F. "Tensions Between Human Rights and the Politics of Reconciliation: A South African Case Study" In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 232-262. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.

ELSTER, Jon. "Justice, Truth, Peace" In. WILLIAMS, Melissa S. *Transitional Justice*. pp: 78-97. New York: New York University Press, 2012.

FLETCHER, Laurel E. "Facing Up to the Past: Bystanders and Transitional Justice". *Harvard Human Rights Journal*. pp: 47-52. Vol. 20, 2007.

FRAYLING, Nicholas. "Towards the Healing of History: An Exploration of the Relationship between Pardon and Peace" In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 26-35. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.

FREEMAN, Mark; PENSKY, Max. "The Amnesty Controversy in International Law" In. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 42-68. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. "La Justicia de Transición en América Latina y Europa y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (Informe del Seminario Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008)" In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. pp: 537-550. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009.

GOVIER, Trudy. "A Dialectic of Acknowledgement" In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 36-50. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.

HAMBER, Brandon; KELLY, Gráinne. "Beyond Coexistence: Towards a Working Definition of Reconciliation" In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 286-310. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.

HENCKAERTS, Jean-Marie. "A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict". *International Review of the Red Cross*. pp. 175-212. Vol. 87. N. 857, 2005.

HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht. "Human rights and societies in transition: International context and sources of variation" In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht *et. al.* (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 3-24. New York: United Nations University Press, 2004.

HOURMAT, Margarida Albuquerque Gomes Antolin. *A critique of transitional justice and the victim-perpetrator dichotomy: the case study of Rwanda*. Dissertação de mestrado em Relações Internacionais (Estudos da Paz e da Segurança), apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2015

HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

JORDA, Claude; HEMPTINNE, Jérôme. "The status and role of the victim" In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 1. pp: 1387-1419. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KRITZ, Neil. "Policy Implications of Empirical Research on Transitional Justice", In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 13-21. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008.

LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation and peacebuilding” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 19-39. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014.

LAPLANTE, Lisa J. “The plural justice aims of reparations” In. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne. *Transitional Justice Theories*. pp: 66-84. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma clássico ao 11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006,

MAGNARELLA, Paul J. “The consequences of the war crimes tribunals and an international criminal court for human rights in transition societies” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht *et. al.* (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 119-140. New York: United Nations University Press, 2004.

MALARINO, Ezequiel. “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas” In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. pp: 415-431. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009.

MERWE, Hugo Van der; BAXTER, Victoria; CHAPMAN, Audrey R. “Introduction” In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: 1-11. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008.

MORSINK, Johannes. “The Universal Declaration of Human Rights as a norm for societies in transition” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht *et. al.* (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp. 29-51. New York: United Nations University Press, 2004.

NAGY, Rosemary. “Traditional Justice and Legal Pluralism in Transitional Context: The Case of Rwanda’s Gacaca Courts” In. QUINN, Joanna R. *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies*. pp: 86-115. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. “Conclusion: Amnesty in the Age of Accountability” In. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 336-358. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PENSKY, Max. “O status das anistias internas no Direito Penal Internacional”. In. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. pp: 76-101. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

PÉREZ, Jordi Bonet; FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Cuadernos Deusto de Derechos Dumanos, N.53. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea”. *Revista de Política Externa*. Vol. 8. N.4. pp: 3-11. Brasília, 2000.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “Antecedentes Históricos do Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional” In. *Revista da Faculdade de Direito*. Vol.98. Universidade de São Paulo, 2003.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. *The Forum of First Resort: National Tribunal. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law – Beyond the Nuremberg Legacy*. 3ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROBINSON, Darryl. “The Rome Statute and its Impact on National Law” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 1849-1868. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”. *California Law Review*, pp. 449-513, v. 78, 1990.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. “Foreword”. In. MERWE, Hugo Van der. *Assessing the Impact of Transitional Justice*. pp: vii – ix. Washington DC: US Institute of Peace Press, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2^a Ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004.

SKAAR, Elin. “¿Puede la independencia judicial explicar la justicia postransicional?” *América Latina Hoy*. pp: 15-49, N.61, 2012.

SIEGEL, Richard Lewis. “Universalism and cultural relativism: Lessons for transitional states” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht *et. al.* (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 52-76. New York: United Nations University Press, 2004.

SIKKINK, Kathryn. “The Age of Accountability: The Global Rise of Individual Criminal Accountability” In. LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives*. pp: 19-41. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

SIKKINK, Kathryn. “The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America” In. SIEDER, Rache; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. pp: 263-292. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SOUILLAC, Geneviève. “From global norms to local change: Theoretical perspectives on the promotion of human rights in societies in transition” In. HOROWITZ, Shale; SCHNABEL, Albrecht *et. al.* (eds.). *Human rights and societies in transition: causes, consequences, responses*. pp: 77-100. New York: United Nations University Press, 2004.

STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the Complementarity Game*. The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1ª ed. Venice: Marsilio, 2005.

SWART, Bert. “General Problems” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. pp: 1589-1605. Oxford: Oxford University Press, 2002.

TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*. pp: 69-94. Vol. 16, 2003.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000.

TZITZIS, Stamatios. “Direitos do Homem e Direito Humanitário – Mito e Realidade” In. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos Humanos – Teorias e Práticas*. pp: 151-172. Coimbra: Almedina, 2003.

URBANO, Maria Benedita. *La Justice Transitionnelle au Portugal Suite au Coup Militaire du 25 Avril, 1974*. Coimbra: Boletim da Universidade de Coimbra, N.89, 2013.

VAN DEN WYNGAERT, Christine; ONGENA, Tom. “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty” In. CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 1. pp: 705-729. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary. “Introduction”. In. WILLIAMS, Melissa S. *Transitional Justice*. pp: 1-30. New York: New York University Press, 2012.

ZANUZO, Vanívia Roggia. *Direitos Humanos, Justiça Transicional e Leis de Anistia*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

ZELADA, Liliana Galdámez. *El deber de prevenir, juzgar y sancionar violaciones de Derechos Humanos: el caso chileno*. Cuadernos Deusto de Derechos Dumanos, N.62. Bilbao: Universidad de Deusto, 2011.

REFERÊNCIAS DIGITAIS

CICV (1987): *Comentários ao Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativos à proteção de vítimas em conflitos armados não internacionais (Protocolo II), de 8 de junho de 1977. Persecuções penais*. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/COM/475-760010?OpenDocument>. Acesso em: 10/05/17

CIDH: Opinião Consultiva OC-6/86 de 9 de maio de 1986. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Solicitada pelo Governo da República Oriental do Uruguai. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Acesso em: 10/05/17.

CIJ: Opinião Consultiva sobre “*Reservations to the convention on the prevention and punishment of genocide*”, de 28 de maio de 1951. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acesso em: 01/06/17

CIJ: Opinião Consultiva sobre “*Lagality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, de 8 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>. Acesso em: 01/06/17

FREDERKING, Brian K. “Putting Transitional Justice on Trial: Democracy and Human Rights in Post-Civil War Societies”. *International Social Science Review*: Vol. 91, Iss. 1, Art. 3, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.northgeorgia.edu/issr/vol91/iss1/3>. Acesso em: 07/11/16.

GRECO, Luis. Palestra realizada no Simpósio Internacional sobre “*Justicia transicional y Derecho penal internacional. Dimensiones filosófica y jurídica*”, Panel 1. Tema: *Fin de la pena en la Justicia Transicional*, em 08 de março de 2017, na Universidad de Antioquia (Medellín – Colombia). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0TDfLvD0zYw&t=29s>. Acesso em: 20/04/17

ICTJ: *What is Transitional Justice?* (2009). Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

TPI: OTP. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Setembro de 2003. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf. Acesso em: 04/01/17

TPI: OTP. *Policy Paper on the Interests of Justice*. Setembro de 2007 Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>. Acesso em: 18/04/17.

REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS E RESOLUÇÕES DA ONU

ONU: SGNU (1992). *An Agenda for Peace – Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*. A/47/277 S/24111. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>. Acesso em: 11/01/2017.

ONU: CSNU (1993). Resolução 827. S/RES/827, de 25 de maio de 1993, sobre o estabelecimento do TPIY. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>. Acesso em: 15/01/17.

ONU: CSNU (1994) Resolução 955. S/RES/955, de 8 de novembro de 1994, sobre o estabelecimento do TPIR. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>. Acesso em: 15/01/17.

ONU: CDH (1997). *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*. Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/joinet2.html>. Acesso em: 28/05/17.

ONU: CSNU (1999) Resolução 1272. S/RES/1272, de 25 de outubro de 1999, sobre a situação no Timor Leste. Disponível em: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/docs/9931277E.htm>. Acesso em: 09/05/17.

ONU: CSNU (1999) *Acordo de Paz entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa (Acordo de Paz de Lomé)*, concluído em 7 de julho de 1999. S/1999/777. Disponível em: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SL_990707_LomePeaceAgreement.pdf. Acesso em: 21/05/17.

ONU: CSNU (2000) Resolução 1315. S/RES/1315(2000), de 14 de agosto de 2000, sobre o estabelecimento da Corte Especial para Serra Leoa. Disponível em: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/1315/PDF/N001315.pdf?OpenElement)

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/605/32/PDF/N0060532.pdf?OpenElement. Acesso em: 09/05/17.

ONU: SGNU (2000). *Relatório sobre o estabelecimento da Corte Especial para Serra Leoa*. S/2000/915, de 4 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.rscsl.org/Documents/Establishment/S-2000-915.pdf>. Acesso em: 19/05/17.

ONU: CSNU (2001). *Statement by the President of the Security Council. Peace-building: Towards a comprehensive approach*. S/PRST/2001/5. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/2001/5. Acesso em: 03/12/16.

ONU: AGNU (2003) Resolução 228-B. A/RES/57/228 B, de 22 de maio de 2003, sobre o estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja. Disponível em: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Cam%20ARES%2057%20228B.pdf>. Acesso em: 09/05/17.

ONU: SGNU (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616. Acesso em: 01/11/16.

ONU: AGNU (2005). *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of International Human Rights Law and serious violations of Humanitarian Law*. A/RES/60/147, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. Acesso em: 06/11/16.

ONU: CDH (2005). *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*. E/CN.4/2005/102/Add.1. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10/04/17.

ONU: CDH (2005). *Right to the truth*. E/CN.4/RES/2005/66, de 20 de abril de 2005. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=11160 Acesso em: 11/04/17.

ONU: CDH (2006). *Study on the right to the truth*. E/CN.4/2006/91, de 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/56/PDF/G0610656.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29/05/17.

ONU: SGNU (2010). *United Nations approach to transitional justice (Guidance note)*. Disponível em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf. Acesso em: 07/11/16.

ONU: SGNU (2011). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2011/634. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2011/634. Acesso em: 04/11/16.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

CIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, N.04. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 12/02/17.

CIDH: *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Peru)*. Sentença de 14 de março de 2001, Série C, N.75. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 04/03/17.

CIDH: *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentença de 1 de julho de 2006, Série C, N.148. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf. Acesso em: 02/03/17.

CIDH: *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentença de 4 de julho de 2007, Série C, N.166. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_ing.pdf. Acesso em: 07/03/17.

CIDH: *Caso Guerrilha do Araguaia (Gomes Lund y otros vs. Brazil)*. Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C, N.219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf. Acesso em: 21/02/17.

CIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Serie C, N.221. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_ing.pdf. Acesso em: 14/04/17.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

1945: Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Assinada em 26 de junho de 1945. Em vigor desde 24 de outubro de 1945.

1948: Declaração Universal de Direitos Humanos. Aprovada pela Resolução nº 217 A (III) da AGNU, de 10 de dezembro de 1948.

1948: Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio. Aprovada pela resolução 260 A (III) da AGNU, de 9 de dezembro de 1948. Em vigor desde 12 de janeiro de 1951.

1949: Convenção (I) de Genebra para proteção de soldados feridos e enfermos durante a guerra terrestre. Adotada em 12 de agosto de 1949. Em vigor desde 21 de outubro de 1950.

1949: Convenção (II) de Genebra para proteção de militares feridos, enfermos e náufragos durante a guerra marítima. Adotada em 12 de agosto de 1949. Em vigor desde 21 de outubro de 1950.

1949: Convenção (III) de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra. Adotada em 12 de agosto de 1949. Em vigor desde 21 de outubro de 1950.

1949: Convenção (IV) de Genebra relativa à proteção de civis em tempos de guerra. Adotada em 12 de agosto de 1949. Em vigor desde 21 de outubro de 1950.

1950: Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Assinada em 4 de novembro de 1950.

1969: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada em 22 de novembro de 1969.

1968: Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. Adotada em 26 de novembro de 1968. Em vigor desde 11 de novembro de 1970.

1966: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Adotado pela resolução nº 2200 A (XXI) da AGNU, de 16 de dezembro de 1966. Em vigor desde 23 de março de 1976.

1973: Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid. Adotada pela AGNU em 30 de novembro de 1973.

1977: Protocolo Adicional (I) às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção de vítimas de conflitos armados internacionais. Adotada em 8 de junho de 1977. Em vigor desde 7 de dezembro de 1979

1977: Protocolo Adicional (II) às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção de vítimas de conflitos armados não internacionais. Adotada em 8 de junho de 1977. Em vigor desde 7 de dezembro de 1979

1978: Chile: Decreto Ley 2191, de 19 de abril de 1978. *Concede amnistia a las personas que indica por los delitos que señala.*

1981: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Adotada em 27 de junho de 1981. Em vigor desde 21 de outubro de 1986.

1984: Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela resolução nº 39/46 da AGNU, de 10 de dezembro de 1984. Em vigor desde 26 de junho de 1987.

1993: Declaração e Programa de Ação de Viena. Adotada no âmbito da Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993

1994: Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Adotada em 9 de junho de 1994.

1995: África do Sul: Lei 34 de Promoção da Unidade Nacional e Reconciliação. Adotada em 19 de julho de 1995. Em vigor desde 01 de dezembro de 1995.

1998: Estatuto do Tribunal Penal Internacional. A/CONF.183/9. Adotado em 17 de julho de 1998. Em vigor desde 1 de julho de 2002.

2002: Serra Leoa: Estatuto para a Corte Especial para Serra Leoa. Adotado em 16 de janeiro de 2002.

2006: Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado. Adotada por meio da Resolução A/RES/61/177 da AGNU, em 20 de dezembro de 2006.
