

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS FINS DA PENA

Carlos Eduardo Adriano Japiassu

Universidade Estácio de Sá.

Professor Associado de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Secretário Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP).

E-mail: <carlos.japiassu@estacio.br>.

Artur de Brito Gueiros Souza

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

Professor Associado de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Procurador Regional da República no Rio de Janeiro.

E-mail: <arturgueiros@mpf.mp.br>.

RESUMO

Esse artigo discute os crimes contra a humanidade e o papel da sua punição no processo de justiça de transição. Inicialmente, discute os fins da pena no direito penal. A seguir, a partir da jurisprudência internacional, apresenta as diferentes finalidades da pena no direito penal internacional em geral e nos crimes contra a humanidade em particular.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Crimes contra a humanidade. Direito Penal Internacional. Fins da Pena.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passou, ao longo de sua história, por diversos períodos em que houve a prática sistemática e/ou generalizada de condutas que podem ser classificadas, contemporaneamente, como crimes contra a humanidade. Pode-se fazer referência à escravidão negra e, mais recente, ao período militar, que entre 1964 e 1985, foi responsável por um sem-número de perseguições e da prática de violações graves.

Se é certo que a trajetória brasileira, quanto a essas atrocidades, tem sido de impunidade, como, aliás, ocorreu com a transição posterior ao período, que culminou com a Lei de Anistia de 1979 e que foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em que se buscava a de-

terminação de que a Lei de Anistia não poderia abranger atrocidades praticadas por agentes do Estado, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas.

Ocorre que, no ano seguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”), que entendeu de maneira diferente daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos, consagrados na Convenção Americana e ocorridos no Brasil.

Assim, existe uma questão pendente no Brasil quanto ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana.

Ora, a discussão sobre a punição ou não dos responsáveis pelos crimes praticados ao longo período militar mais de trinta anos após a redemocratização gera dúvida quanto à finalidade desta punição e, mais que isso, quanto à própria necessidade da pena.

Assim, para tentar permitir uma adequada reflexão sobre o tema, como se trata da prática de crimes contra a humanidade, inicialmente, apresentar-se-á o tema dos fins da pena, para, a seguir, discutirem-se as finalidades que têm sido referidas na jurisprudência dos Tribunais Internacionais a respeito do tema, que podem servir de indicativos quanto aos fins usualmente mencionados.

2 FINS DA PENA

O tema dos fins da pena no direito penal é por demasiadamente debatido, com um grande número de autores e de teses que o discutiram ao longo dos séculos, com defensores e críticas da punição mais ou menos radicais. Certo é que não existe resposta definitiva e nem foi, até aqui possível, demonstrar cientificamente o acerto ou o equívoco de cada uma delas.¹

Assim, no presente capítulo, inicialmente, será feita uma pequena introdução sobre o tema

1 Sobre o tema, a título ilustrativo, vide: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 4-7; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª edição. Madrid: Civitas, 2006, p. 81-110; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. 7ª edição, Barcelona Reppertor, 2004, p. 83-110; JAKOBS, Günther. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 3-42; MAURACH, Reynald; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte General*. Buenos Aires: Astrea, v. 1, 1994, p. 84-89; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 41-82; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR; Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR; Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 29-67; MESTIERI, João. *Manual de direito penal: Parte Geral*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 260-263; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 16ª ed. rev.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 343-348; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6-10.

no direito penal, para, a seguir, apresentar os debates sobre os fins da punição em decisões dos tribunais internacionais, verificando se as particularidades das atrocidades e, de maneira mais enfática, dos crimes contra a humanidade geram finalidades distintas ou, ao menos, com diferentes ênfases.

Por sua própria natureza, o ser humano é um animal gregário; é por intermédio das relações sociais que se logra tanto a sobrevivência como a perpetuação das espécies no planeta. É em sociedade, com o intercâmbio de experiências e com a colaboração mútua, que se torna possível a plena existência humana.

Ocorre que a vida em sociedade pressupõe o estabelecimento de normas que permitam ou proíbam a realização de determinadas condutas. O conjunto dessas normas ou regras de convivência denomina-se ordem social.² A ordem social é assimilada pelos seres humanos por meio do longo processo de educação, em sentido lato, sem a necessidade de uma força externa que a imponha. É por meio da família, da escola, da religião, das agremiações esportivas, dentre outras instâncias informais de controle, que se aprende o que se pode ou não fazer. A transgressão de tais regras acarreta sanções, tais como o castigo familiar, a reprovação escolar, a proibição de frequentar uma missa ou de praticar um esporte coletivo.

Entretanto, tem sido afirmado que a ordem social não pode por si só assegurar a convivência das pessoas em comunidade. Ela necessitaria ser complementada e reforçada pelas instâncias formais de controle, isto é, pelas normas emanadas de um centro de poder, capazes de impor consequências mais intensas àqueles que as transgredir. Surge, assim, o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas ordenadas pelo Estado, detentor do monopólio da força, de caráter geral e cogente. As normas que compõe o ordenamento jurídico podem ter natureza civil, administrativa, econômica, além de tantos outros ramos do Direito, todas, em tese, dirigidas para possibilitar a harmônica convivência social.³

Em última instância, porém, é o Direito Penal que irá assegurar a inviolabilidade de todo o ordenamento jurídico⁴, por meio de normas que

2 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002, p. 3.

3 *Idem, ibidem*.

4 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

habilitam e limitam o exercício do poder do Estado de exercer a coação por meio da pena.⁵ A depender do sistema político por meio do qual o Estado se organize, o Direito Penal será concebido sob diferentes perspectivas, podendo ser estruturado a partir de uma concepção autoritária, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio de consenso entre os cidadãos que compõem determinada sociedade.⁶

Nesse contexto, conforme conhecido ensinamento doutrinário, Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob a ameaça da pena.⁷ As normas jurídico-penais integram, pois, o conteúdo do Direito Penal. A doutrina usualmente distingue duas classes de enunciados normativos: normas primárias, que são proibitivas e dirigidas a regular a conduta dos cidadãos, e normas secundárias, que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da pena e das medidas de segurança, que igualmente podem ser impostas aos autores de fatos definidos como crime.⁸

Modernamente, a disciplina pode ser conceituada sob duas vertentes: a dinâmica e a estática. Para a primeira, Direito Penal é o mais intenso mecanismo de controle social formal, por intermédio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo, castiga com sanções negativas de particular gravidade as condutas desviadas mais nocivas para a convivência, objetivando, desse modo, a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo. Sob a vertente estática, considera-se Direito Penal como sendo o conjunto de normas jurídico-públicas que definem certas condutas como delito e associam às mesmas penas e medidas de segurança, além de prever outras consequências jurídicas.⁹

A norma penal incriminadora compõe-se do preceito que declara ilícita determinada ação ou omissão, bem como da reação estatal – isto é, a pena – contra aquele que pratique a conduta penalmente reprovada.¹⁰ Atualmente, é certo afirmar que a concepção do Direito Penal possui íntima relação com os efeitos que ele deve produzir sobre o indivíduo que é objeto da persecução penal, e sobre a sociedade como um todo.¹¹ Em outras palavras, faz-se imprescindível ao estudo do Direito Penal uma verificação acerca da finalidade a que ele pretende atingir. Uma vez que a pena representa a característica principal deste ramo jurídico, a análise da justificação do Direito Penal tem sido feita a partir da justificação da própria pena.¹²

O Direito se caracteriza pela previsão de comportamento e de sanção. Ou seja, o Direito pretende regular a vida em sociedade. Para tanto, estabelece comportamentos permitidos e proibidos. Ao proibir uma conduta, o Estado o faz pela ameaça de uma sanção, o que ocorre em todos os ramos do direito.

Como ramo do ordenamento jurídico, o Direito Penal se distingue precisamente pelo meio de coação e tutela com que atua, que é a pena. Assim, a diferença entre o Direito Penal e os demais ramos jurídicos tem relação direta com a natureza da sanção prevista. Enquanto a sanção civil tem natureza de reparação, pois o que se pretende com ela é que se retorne ao *status quo* anterior ao fato que a originou, a sanção caracteriza-se pelo castigo. Ou seja, a sanção civil, denominada penalidade, constitui, em regra, uma reparação. Por sua vez a sanção penal caracteriza pela retribuição, pois a pena não consiste na execução coativa do preceito jurídico violado, mas na perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, ou seja, num mal infligido ao réu, em virtude de seu comportamento antijurídico. Daí o seu caráter retributivo.¹³

Em síntese, pode-se definir pena como sendo a perda de um direito imposta pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal.

No que se refere à finalidade do Direito Penal, vale destacar que é afirmado que a missão do Direito Penal é a da proteção da convivência humana em sociedade. Há, portanto, duas pers-

5 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR; Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39.

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

7 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 16ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio: Forense, 2003, p. 4.

8 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo: B de F, 2010, pp. 505-506.

9 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 43.

10 HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal: dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. 6. ed. – Rio de Janeiro: LMJ, 2014, p. 161.

11 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 131.

12 SOUZA, *op. cit.*, p. 4 e 8.

13 FRAGOSO, *op. cit.*, p. 3.

pectivas da disciplina que podem ser analisadas de forma mais pormenorizada.

A primeira consiste em compreender o Direito Penal como um dos instrumentos de convivência e controle social, caracterizado por selecionar os comportamentos tidos como mais intoleráveis, prevendo e impondo sanções institucionalizadas àqueles que o realizarem.

A segunda é visualizá-lo como um conjunto de normas jurídicas editadas pelo Estado contendo a descrição de delitos e cominação de penas (normas penais incriminadoras), bem como dos pressupostos para a aplicação, substituição ou exclusão de tais sanções (normas penais não incriminadoras).

Silva Sánchez, por sua vez, categoriza em três níveis as funções do Direito Penal. O primeiro nível ocupa-se da função ético social, isto é, a busca em satisfazer as necessidades da psicologia social. Em um segundo nível, faz-se alusão à função simbólica ou retórica, na medida em que as normas penais produzem na opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Por fim, apresenta a função repressiva e preventiva de delitos.¹⁴

Ressalte-se, todavia, que, de maneira geral, a justificação do Direito Penal tem sido feita a partir da justificação da pena. Há, fundamentalmente, três orientações fundamentais quando à legitimidade da pena: 1º sustenta-se que a pena é um mal, mas que se converte em bem, pois nega o mal que é o delito e restaura o direito e a justiça; 2º sustenta-se que a pena é um mal menor ou socialmente útil; e 3º afirma-se que a pena e, por extensão, o Direito Penal, é ilegítima, o que deveria conduzir a abolição de ambos.¹⁵

Tais grupos de orientações se expressam a partir das teorias da pena, pelas quais os doutrinadores têm procurado explicar o fundamento da pena por meio das chamadas correntes absolutas, relativas e mistas ou unitárias. Sinteticamente, essas teorias gravitam em torno de duas premissas fundamentais e conflitantes: a retribuição e a prevenção.

Segundo as teorias absolutas, a pena é exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal. A punição pode ser considerada como

14 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo: B de F, 2010, p. 482.

15 SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 292.

uma resposta justa para o mal do crime (*punitur, quia peccatum est*). Os filósofos Kant e Hegel foram os maiores teóricos desta corrente, tendo o primeiro formulado esta teoria do modo ilustrativo: mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo.¹⁶ Hegel, por seu turno, desenvolveu a fórmula dialética sobre a essência de a pena ser a “negação da negação do direito”.¹⁷

Nesse sentido, não se atribui à punição qualquer efeito secundário e, com isso, qualquer finalidade voltada para o futuro. Como os defensores dessa tese procuram justificar, a punição por uma questão de justiça e somente para o crime específico, sem qualquer outra finalidade, tais teorias são denominadas absolutas.¹⁸

As teorias relativas, cujo autor mais conhecido seria Jeremy Bentham e partindo de uma concepção utilitária da pena, justificam-na por seus efeitos preventivos. Significa dizer que a finalidade da pena não seria punir todos os crimes, mas prevenir todos os crimes. De alguma maneira, o que se quer dizer é que a sociedade ideal é aquela em que não ocorrem crimes e não aquela em que todos os crimes são punidos e é isso o que o Estado deve perseguir.

Essas teorias pretendem dar à punição um significado para o futuro, com a expectativa de que vai impedir a prática de novos crimes semelhantes ao que foi punido, adotando a ideia de prevenção (*punitur, peccetur ne*), daí porque são chamadas de relativas, porque instrumentalizam a punição para fins não relacionados com a infração cometida. Pretende-se impedir o cometimento de crimes no futuro (objetivo de proteção).¹⁹

16 ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*. In Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega, 1986, p. 15.

17 “A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é igualdade qualitativa - talião -, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990, p. 104).

18 AMBOS, Kai. *Treatise on international criminal law: foundations and general part*. Oxford: Oxford University Press, v. 1, 2013, p. 67.

19 *Idem, ibidem*.

Distingue-se aqui a prevenção geral e a prevenção especial. Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar por meio da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores. Esta teoria tem em Anselm von Feuerbach o seu mais eloquente representante, o qual expressou, em seu influente *Tratado*, toda a sistemática da coação psicológica da pena. Para ele, até mesmo quando se está a executar uma determinada sanção sobre alguém, objetiva-se, na verdade, transmitir os seus efeitos dissuasórios à coletividade.²⁰

A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. A prevenção especial opera por meio da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inocuidade, no caso dos incorrigíveis. Segundo Franz von Liszt, adepto dessa corrente, a pena tem a função única de defender a sociedade de elementos que perturbam a sua organização (defesa social), por intermédio da “atuação direta da execução da sanção na personalidade do criminoso.”²¹

Tanto a teoria da prevenção geral como a da prevenção especial deixam sem explicação os critérios mediante os quais deve o Estado recorrer à pena criminal. Como ocorre com as teorias absolutas, aqui também se pressupõe a necessidade da pena. A prevenção geral não estabelece os limites da reação punitiva e pode criar um Direito Penal do terror. A prevenção especial também não pode, por si só, constituir fundamento para a pena. Há delinquentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência.

Há, ainda, as teorias mistas ou unitárias, que combinam as teorias absolutas e as relativas, que não seriam excludentes entre si. Parte-se, portanto, do entendimento segundo o qual a pena é retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial. Segundo Eduardo Correa, é concebível uma terceira via: o daque-

las teorias que justamente entendem que o fim ou razão de ser da sanção se cumpre ecleticamente, reagindo-se contra o passado e procurando-se ao mesmo tempo evitar futuras violações.²²

As teorias mistas não foram suficientes para responder por completo ao problema da finalidade. Por isso, foi desenvolvida a ideia de que a prevenção pode ser positiva ou negativa. Uma conteria a ideia de que a previsão ou a aplicação das penas teria a função de prevenir delitos (prevenção negativa), e a outra reforçaria a validade das normas (prevenção positiva), que significa restabelecer a confiança institucional no ordenamento, violada com o cometimento do crime.

Além dessas, há teorias deslegitimadoras da pena, que sustentam que, ao contrário das demais teorias, que seriam teorias positivas – por conseguirem ver aspectos socialmente favoráveis nas sanções penais –, haveria a chamada teoria negativa, enunciada, entre outros por Zaffaroni.

O autor argentino sustenta que nenhuma das teorias positivas da pena é confirmada na realidade social, que consistiriam em afirmações simplistas e não confirmáveis pelas ciências sociais.²³ Por conta disso, seria necessário construir um conceito negativo e agnóstico de penam por ser obtido por exclusão e por não poder decorrer do que chama de questão de fé.²⁴

Assim, a função da pena e, por extensão, seria a de contenção e de redução do poder punitivo do Estado.²⁵

3 FINALIDADE DA PENA NOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Se é indiscutível que punir um indivíduo envolve a perda de um direito, seja ele a sua liberdade, um direito patrimonial, a vida ou qualquer outro, já que é justamente o próprio conceito de penal, resta evidente que a imposição de tal medida odiosa deve, ou ao menos deveria, ser justificada e deve atender a determinado fim. Ainda que tal premissa acabe por se configurar como meramente teórica e, como mencionado acima, irreal, tal enunciado tem sido repetido seguidamente.

20 “O objetivo da cominação da pena na lei é a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. O objetivo da sua aplicação é o de dar fundamento efetivo à cominação legal, visto que sem a aplicação a cominação ficaria oca (seria ineficaz). Considerando que a lei intimida a todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, conclui-se que o objetivo mediato (ou final) da aplicação é, em quaisquer dos casos, a intimidação dos cidadãos mediante a lei.” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. 14ª ed. Trad. Raúl Zaffaroni. B. Aires: Hammurabi, 1989, p. 61).

21 CORREA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49.

22 *Idem*, p. 40.

23 ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 54.

24 ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 55.

25 ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 67.

Ao mesmo tempo, alguns autores têm sugerido que os fins da pena no direito penal interno e no direito penal internacional são distintos ou, ao menos, devem ser diferentemente interpretados.²⁶ Tal assertiva é justificada pelo fato de que, em geral, o direito penal internacional trata da macrocriminalidade, diferentemente do que ocorre no cotidiano do direito interno.

Ao lado disso, haveria outras exigências postas ao direito penal internacional que não se referem ao direito doméstico, tais como estabelecimento da história do conflito, a distinção entre responsabilidade individual e responsabilidade coletiva, a reconciliação da sociedade e a reconstrução do sistema judicial nacional. Ademais, a sociedade internacional não funciona necessariamente do mesmo modo que a sociedade nacional.

Feita essa ressalva, vale destacar que se pretende que, de maneira geral, o direito penal internacional seja internalizado, pois é na esfera interna que será aplicada e, por isso mesmo, é discutível se, de fato, há tais distinções quanto à finalidade da punição.²⁷

Sob o ponto, Tallgren afirma que a justificativa para a punição no direito penal internacional seria inconsistente e incoerente.²⁸

Tal crítica, todavia, não difere daquelas formuladas no direito interno, como, aliás, já mencionado e, se é certo que a oposição à pena não foi capaz, até hoje, de abolir o direito penal, como o direito penal internacional lida com expectativas mais amplas, como de reconciliação e de reconstrução nacional, corre-se o risco concreto de que a resposta penal não consiga atingir tais finalidades.

Feitas essas ressalvas, passar-se-á à apresentação das justificativas encontradas no direito penal internacional e que são aplicáveis aos crimes contra a humanidade.

4 RETRIBUIÇÃO

Como mencionado acima, as abordagens que justificar a punição penal dividem-se entre

26 DRUMBL, Mark. *Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity*. In: *NorthWestern Law Review*. Inverno 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=530182>. Acesso em: 16 jan. 2015.

27 CRYER, *op. cit.*, p. 22.

28 TALLGREN, Immi. *The sense and sensibility of international criminal law*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/13/3/486.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

retributivas e preventivas. Na prática, a maior parte dos sistemas de justiça criminal tem adotado, ao menos em suas justificativas formais, uma combinação de ambas.

Tal noção tem sido também repetida internacionalmente e, assim, a justiça penal internacional têm admitido diferentes finalidades para a punição.

Em primeiro lugar, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda debateram as finalidades da punição penal, reiteraram que os dois principais objetivos para suas práticas seriam a retribuição e a prevenção, tendo havido ocasiões em que foi afirmada a relevância da reabilitação de criminosos, além de outros objetivos.²⁹

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda atribuem à ideia de retribuição um papel proeminente *vis-à-vis* aos outros fins de punição e coloca-o em pé de igualdade com a prevenção geral negativa. Neste sentido, no caso Čelebići, a Câmara de Apelações confirmou que os principais efeitos da sentença são prevenção e retribuição.³⁰

Como as teorias retributivas se concentram na necessidade de punição daqueles que violaram normas sociais, independentemente de haver a possibilidade de possíveis benefícios futuros com aquele processo, baseadas no fato de os delinquentes serem merecedores da punição por aquilo que fizeram, o foco específico desta abordagem reside nos próprios criminosos, sob o fundamento de que tratá-los como um meio para atingir determinada finalidade consiste em falhar na tarefa de respeitá-los como pessoas completas.

Em outras palavras, tais teorias defendem que a recusa em focar nas ações autônomas dos criminosos, mantendo-os responsáveis por tais

29 SCHABAS, William A.. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 555.

30 “On the contrary, the Appeals Chamber (and Trial Chambers of both the Tribunal and the ICTR) have consistently pointed out that two of the main purposes of sentencing for these crimes are deterrence and retribution. Accordingly, although rehabilitation (in accordance with international human rights standards) should be considered as a relevant factor, it is not one which should be given undue weight.” *Prosecutor v Delalić e outros*, Câmara de Apelações, Julgamento de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 799. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

ações, representa tratá-los como seres inferiores, já que a responsabilidade é a concomitância entre autonomia e personalidade completa.

As teorias retributivas modernas têm o cuidado de distinguir seu posicionamento daquele que trata da simples represália. Naturalmente, os tribunais penais internacionais, ao lidarem com justificativas retributivas para a punição, tentaram evitar a compilação entre a *lex talionis* e tais justificativas retributivas para a punição.

Por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, no caso *Prosecutor v. Aleksovski*, afirmou que a retribuição não deve ser entendida como a realização de um desejo de vingança, e sim como a devida expressão da indignação da comunidade internacional em face daqueles crimes.³¹

Este entendimento tem sido amplamente reconhecido pelas Câmaras de Julgamento deste Tribunal Internacional, bem como pelas Câmaras de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

De forma análoga, ainda que com uma passagem que parece inserir uma vasta gama sob a rubrica da retribuição, o caso *Nikolic*³² afirma que,

31 “This is not to be understood as fulfilling a desire for revenge but as duly expressing the outrage of the international community at these crimes. This factor has been widely recognised by Trial Chambers of this International Tribunal as well as Trial Chambers of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Accordingly, a sentence of the International Tribunal should make plain the condemnation of the international community of the behaviour in question and show ‘that the international community was not ready to tolerate serious violations of international humanitarian law and human rights.’” *Prosecutor v. Aleksovski*, Câmara de Apelações, Julgamento de 24 de março de 2000, parágrafo 185. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

32 “86. The Trial Chamber observes that by the very wording of Article 24(2) of the Statute and the subsequent jurisprudence of the Tribunal, which has focused on gravity of the offence as the primary consideration in determining a sentence, retribution or ‘just deserts’ as a purpose of punishment has enjoyed prominence. Classical retributive theory requires that the punishment be proportionate to the harm done. In light of the purposes of the Tribunal and international humanitarian law generally, retribution is better understood as the expression of condemnation and outrage of the international community at such grave violations of, and disregard for, fundamental human rights at a time that people may be at their most vulnerable, namely during armed conflict. It is also recognition of the harm and suffering caused to the victims. 87. Furthermore, within the context of international criminal jus-

levando-se em consideração os propósitos do Tribunal e o direito humanitário internacional em geral, a retribuição é melhor entendida como expressão da condenação e da indignação da comunidade internacional em face de tais violações graves de, e desrespeito pelos direitos humanos em um momento em que as pessoas podem estar em seu estado mais vulnerável, notadamente durante conflitos armados. É, ainda, o reconhecimento do mal e do sofrimento que são causados às vítimas.

Além disso, no contexto da justiça penal internacional, a retribuição é entendida como uma clara declaração por parte da comunidade internacional de que crimes serão punidos e de que a impunidade não irá prevalecer.³³

Um dos aspectos alegadamente positivos da retribucionismo seria que ele reflete uma resposta justa e equilibrada para a prática da conduta reprovável, ou seja, deve haver proporcionalidade entre crime e penal.

A proporcionalidade objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente. Deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal. Sendo assim, restará descumprida quando o legislador criar ou majorar determinada figura delitativa, fixando, desproporcionalmente, uma reprimenda penal elevada. Na mesma esteira, quando o julgador aplicar uma sanção penal em quantidade superior às circunstâncias evidenciadas no caso concreto ou, ainda, quando no curso do cumprimento da pena, for imposto ao apenado um regime de cumprimento mais severo do que aquele indicado no caso concreto.³⁴

A proporcionalidade pode ser violada pelo excesso da intervenção penal, ou pela insuficiência da regulação penal, o que geraria uma proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados.

“... retribution is understood as a clear statement by the international community that crimes will be punished and impunity will not prevail. Recourse to the gravity of the offence, with considerations for the role of the accused in the commission of the offence and the impact of the offence on victims, should help guide a trial chamber in its determination of what sentence is necessary to reflect the indignation and condemnation of the international community for the crimes committed.” *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parágrafos 86-87. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

33 *Idem, ibidem*.

34 SOUZA, *op. cit.*, p. 78.

Discute-se se, nos casos previstos pelo direito penal internacional, não seria impossível a proporcionalidade entre atrocidades e pena. Nesse contexto, diante de uma multiplicidade de crimes cometidos contra vítimas indeterminadas, em larga escala, não seria possível pensar concretamente justa retribuição.

Nesse caso, sustenta-se que haveria uma distinção cardinal e a distinção ordinal. Proporcionalidade cardinal estabelece o nível básico de gravidade da resposta, seu limite mínimo e máximo, como ocorre na cominação de penas. Já a proporcionalidade ordinal se refere a um crime que se insere intrinsecamente no sistema. O direito penal internacional e o direito penal interno teriam pontos cardeais distintos e, com isso, a proporcionalidade funcionaria de maneira distinta nesses âmbitos.³⁵

Opositores do retribucionismo sustentam que tem havido demandas de punição, sem considerar os custos econômicos e sociais, sobretudo em sociedades desorganizadas e conflagradas.

A resposta a essa crítica a essa crítica costuma ser no sentido de que é moralmente necessária a resposta penal, mesmo que, com isso, possa haver um certo absolutismo moral e falta de sensibilidade com o contexto.³⁶

Neste contexto, Ambos³⁷ se refere a objeções contra um efeito preventivo no caso de delinquentes vinculados institucionalmente merece consideração: uma vez que estes infratores seriam protegidos pelo Estado ou pela sua organização. Assim, dissuasão e reabilitação seriam um fracasso e unicamente uma reforma institucional poderia ajudar. Por isso, a retribuição seria a medida mais adequada.

5 PREVENÇÃO

Prevenção talvez seja a mais conhecida e repetida das finalidades da pena e, com sua base utilitarista, foca nos benefícios futuros da persecução penal e da punição, seja pela prevenção geral ou pela especial.

Do mesmo modo, a prevenção pode, se levada a extremos, produzir excessos utilitaristas, como a punição de um inocente para atingir os objetivos preventivos, ou a punição de familiares ao invés da punição do autor da infração penal,

³⁵ CRYER, *op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Idem*, p. 26.

³⁷ AMBOS, *Treatise*, p. 70.

ou, ainda, punir com excessiva severidade infrações menos graves.

No direito penal internacional, há duas críticas gerais às teorias preventivas que têm sido formuladas. A primeira, de caráter mais filosófico, sustenta que tais teorias veem o indivíduo como meio para determinado fim seja atingido, o que seria inaceitável. A outra crítica se relaciona com a ideia de considerar pessoas como calculistas racionais, que analisam custos e benefícios quando da prática de uma infração penal. Se é verdade que, em muitas situações, isso não seria verdade, no direito penal internacional, provavelmente, muitos daqueles que possuem possibilidade de comandar ou de formular políticas provavelmente o fazem de maneira fria e refletida.³⁸

Se as críticas são os não razoáveis, o que importa é que a jurisprudência internacional tem aceitado a prevenção como justificativa para punição, mas de maneira limitada.

Em *Prosecutor v. Erdemovic*, o Tribunal Penal Internacional, em item denominado finalidade e funções da pena, adota expressamente a prevenção, ao afirmar que o Tribunal seria um meio para que o Estado de direito prevaleça, para impedir que novos crimes fossem cometidos no conflito balcânico ou desencorajá-los.³⁹

Já em *Prosecutor v. Tadic*, a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, ao se referir à prevenção, afirma expressamente que deve ser considerada quando da aplicação de pena.⁴⁰

³⁸ WIPPMAN, David. *Atrocities, deterrence, and the limits of International Justice*. Fordham International Law Journal, Volume 23, nº 2, 1999. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/view-content.cgi?article=1676&context=ilj>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

³⁹ “[...] that they saw the International Tribunal as a powerful means for the rule of law to prevail, as well as to deter the parties to the conflict in the former Yugoslavia from perpetrating further crimes or to discourage them from committing further atrocities¹⁵. Furthermore, the declarations of several Security Council Members were marked by the idea of a penalty as proportionate retribution and reprobation by the international community of those convicted of serious violations of international humanitarian law.” *Prosecutor v. Erdemovic*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 29 de novembro de 1996, parágrafos 58. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj961129e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

⁴⁰ “In determining the sentences to be imposed on the Appellant, the Trial Chamber took into account, as one of the relevant factors, the principle of deterrence. The Appeals Chamber accepts that this is a consideration that may legitimately be considered in sentencing, [...]”. *Prosecutor v. Tadic*, Câmara

De uma maneira geral, a jurisprudência dos Tribunais Internacionais permite perceber uma adoção integrada de retribuição e de prevenção, que, nas palavras de Schabas, seriam, no direito penal internacional, objetivos gêmeos (*twin objectives*), com importância mais ou menos igual.⁴¹

Aliás, em *Prosecutor v. Furundzija*, o Tribunal estabeleceu de maneira clara a adoção indistinta de retribuição e de prevenção como fim da punição penal em casos relativos ao direito penal internacional em geral e, em particular, de crimes contra a humanidade.⁴²

E, em *Prosecutor v. Nikolic*, tentou-se lidar com algumas das críticas dirigidas às teorias preventivas,⁴³ sustentando que, durante conflitos armados, os indivíduos devem estar cientes de suas obrigações para com os demais combatentes, com pessoas protegidas, especialmente população civil. O papel da justiça penal internacional, nesse contexto, seria de desenvolver a cultura de respeito ao estado do direito e não simplesmente o medo da punição, em caso da prática de infrações.

de Apelação, Julgamento de 26 de janeiro de 2000, parágrafos 48. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-asj000126e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

41 SCHABAS, *op. cit.*, p. 555.

42 “288. It is the mandate and the duty of the International Tribunal, in contributing to reconciliation, to deter such crimes and to combat impunity. It is not only right that *punitur quia peccatur* (the individual must be punished because he broke the law) but also *punitur ne peccatur* (he must be punished so that he and others will no longer break the law). The Trial Chamber accepts that two important functions of the punishment are retribution and deterrence.” *Prosecutor v. Furundzija*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 10 de dezembro de 1998, parágrafos 288. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

43 “89. During times of armed conflict, all persons must now be more aware of the obligations upon them in relation to fellow combatants and protected persons, particularly civilians. Thus, it is hoped that the Tribunal and other international courts are bringing about the development of a culture of respect for the rule of law and not simply the fear of the consequences of breaking the law, and thereby deterring the commission of crimes. 90. One may ask whether the individuals who are called before this Tribunal as accused are simply an instrument to achieving the goal of the establishment of the rule of law. The answer is no. Indeed, the Appeals Chamber has held that deterrence should not be given undue prominence in the overall assessment of a sentence.” *Prosecutor v. Nikolic*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parágrafos 89-90. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Com isso, a pretendida adoção de teoria preventivas mais sofisticadas, sustenta-se que a prevenção não agiria em um nível de cálculo racional, mas em um estágio preliminar em que os indivíduos avaliam as opções disponíveis. Significa dizer que se os possíveis autores considerarem que determinadas opções não são moralmente possíveis, os indivíduos não chegariam a fazer o cálculo de custo e de benefício. É o que acontece, por exemplo, com o fato de que não mais se considera razoável resolver questões por meio de duelos.⁴⁴

No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o preâmbulo estabelece expressamente a prevenção das atrocidades como uma das suas finalidades expressas, ao afirmar que os Estados que estabeleceram a jurisdição permanente estavam “Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes.”

Esse trecho encerra a universalização de uma noção que se considerou indispensável à implementação da jurisdição penal internacional, a da prevenção e repressão aos crimes internacionais próprios (crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz), obrigação presente nos tratados e convenções internacionais e no direito consuetudinário internacional.⁴⁵

É justo dizer que a maioria da jurisprudência dos Tribunais Internacionais não leva suficientemente em conta as modernas teorias da pena.⁴⁶ Por outro lado, também deve ser dito que os tribunais não parecem compreender a punição como uma pura demanda da comunidade internacional para a vingança, mas sim como uma expressão de seu determinação de não deixar esses crimes impunes e a necessidade de restaurar a confiança pública na integridade do administração de justiça, inserindo essa discussão no contexto mais amplo da luta internacional contra a impunidade, da busca de justiça e de paz para a comunidade internacional como um todo.

Dado o valor limitado dos enfoques tradicionais de punição para o Direito Penal Internacional, a mais convincente abordagem deve ter uma perspectiva mais ampla, mais holística, com foco na contribuição que o Direito Penal Internacional pode ser capaz de dar para o estabelecimento e a consolidação de um ordenamento jurídico-penal internacional baseado valores comuns.⁴⁷

44 CRYER, *op. cit.*, p. 27.

45 HOLMES, John. *The principle of complementarity*. In: *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute – issues, negotiations, results*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 74.

46 AMBOS, *op. cit.*, p. 70.

47 *Idem, ibidem*.

Por conta dessa ideia, é possível encontrar outras justificativas para a punição no caso da prática de crimes internacionais, como será analisado a partir daqui.

6 INCAPACITAÇÃO

Incapacitação é outra justificativa utilitarista para a punição, mas relacionada diretamente com a privação da liberdade. Significaria dizer que a prevenção se materializaria por meio da manutenção do indivíduo encarcerado.

Essa ideia não encontra grande influência no direito penal internacional.⁴⁸

A exceção talvez seja a adotada pelo Juiz Bernard Victor A. Roling, dos Países Baixos, no Tribunal Penal Internacional Militar do Extremo Oriente. Em Tóquio, ao discutir o crime de agressão, defendeu que os acusados, embora não fossem previamente criminosos e a probabilidade de reincidência fosse desprezível, ele os considerava perigosos e sua influência no Japão não era desprezível. Por isso, era necessário mantê-los presos.⁴⁹

Em realidade, teorias relacionadas com incapacitação são frequentemente criticadas, já que estão baseadas em juízo questionável de probabilidade de reincidência. Não se pune, nesse caso, pelo que foi feito, mas sim pelo que poder ser feito adiante.

7 REABILITAÇÃO

Reabilitação é uma teoria da pena que se baseia na ideia de que a finalidade da punição é a reforma do condenado e que tem particular interesse que defendem modelos de justiça restaurativa.

Por conta disso, esta também não é uma teoria muito relevante para o direito penal internacional, visto que, como os crimes em questão são atrocidades e, por esse motivo, os autores dessas infrações penais não seriam os destinatários adequados para a reabilitação. Feita essa ressalva, é possível encontrar referências à reabilitação em decisões judiciais referentes à prática de infrações menos graves.

Provavelmente, o mais caso mais emblemático talvez seja *Prosecutor v. Erdemovic*. Drazen Erdemovic era uma jovem que participou do

48 DRUMBL, *op. cit.*

49 BOISTER, Neil. CRYER, Robert. *Documents on the Tokyo International Tribunal*. Oxford: Oxford, 2008, p. 684-703.

massacre de Srebrenica, ocorrido no verão europeu de 1995, no qual ofensivas sérvias geraram 7.000 mortos.⁵⁰ Tinha, à época dos fatos, 23 anos e, à época da condenação, 26 anos.

Na sentença condenatória, afirmou-se que não seria uma pessoa perigosa e, pelas circunstâncias e pelo caráter, seria reformável e, a ele, deveria ser dada uma segunda chance.⁵¹

8 COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO

Uma das funções menos ortodoxas dentre aquelas utilizadas no direito penal internacional é a da comunicação. Significa dizer que a punição seria uma oportunidade do agente, da vítima e da sociedade em geral a comunicarem a natureza e as circunstâncias da conduta praticada.

É imaginada para fazer com que os sujeitos ativos entendam o que era reprovável na sua conduta, ao mesmo tempo que reafirme a norma e eduque a sociedade sobre a natureza da reprovável da conduta praticada. Outros ainda reafirmam a crença no estado de direito.⁵²

Critica-se a adoção dessa tese pelo direito penal internacional, visto que este não faria parte da comunidade com a qual a punição pretende se comunicar e, por essa razão, não poderia ou não conseguiria se comunicar ou educar.

Sobre o ponto, resta refletir se é possível considerar que a comunidade em questão, no caso dos crimes contra a humanidade, não seria toda a humanidade.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia afirmou a relevância da função educativa no caso *Prosecutor v. Kordic e Cerkez*, ao estabelecer que a finalidade da pena é a função educativa e que as regras do direito penal inter-

50 Sobre o tema, vide JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86-91.

51 "At the time of the killings at the Pilica collective farm, the accused was 23 years old. He is now 26 years old and evidence has been provided that he is "not a dangerous person for his environment" 5. The Trial Chamber believes that his circumstances and character (see below) indicate that he is reformable and should be given a second chance to start his life afresh upon release, whilst still young enough to do so." *Prosecutor v. Erdemovic*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 5 de março de 1998, parágrafos 16. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts-j980305e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

52 Drumbl, *op. cit.*

nacional devem ser obedecidas em qualquer circunstância.⁵³

9 OUTRAS FINALIDADES

A jurisprudência internacional sugere outras finalidades para a punição, tais como justiça para as vítimas, registro histórico e reconciliação.

No que se refere à justiça para as vítimas, discute-se o efeito catártico que a sanção penal pode ter, especialmente considerando que sujeito ativo e sujeito passivo da infração penal podem estar muito distantes e, mais que isso, a imposição da pena e mesmo sua execução pode ocorrer no estrangeiro.

Assim, a ideia de que a punição pode gerar uma sensação de justiça está sendo feita e que há uma aproximação das vítimas, visto que os possíveis autores estão sendo processados e apenados.

Em *Prosecutor v. Nikolic*, afirmou-se que a punição deve refletir as demandas por justiça das pessoas que, direta ou indiretamente, foram vítimas das atrocidades.⁵⁴

Não parece, todavia, que as vítimas terão a possibilidade de participar e de acompanhar de perto julgamento de autoridades do Estado ou da organização envolvida na prática das graves violações aos direitos humanos, especialmente se for perante um tribunal penal internacional, que ocorrerá em Estado estrangeiro.

Outra referência que se faz é o registro histórico, pois a reconstrução dos fatos nos processos penais, submetendo-se aos rigores da investigação característica auxiliaria a criar narrativa histórica importante para a sociedade que se pretende construir após a cessação das violações, decorrentes de conflito armado ou de regime violador, como foi o caso brasileiro entre 1964 e 1985

Esta tentativa é clara no Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, no caso *Prosecutor v. Krstic*, que pretendeu registrar o acima mencionado massacre de Srebrenica. Ao mesmo tempo, o Tribunal Penal Internacional tentou estabelecer o registro do genocídio ruandense.⁵⁵

Mas nem sempre os Tribunais Internacionais têm admitido utilizar seus julgados para escrever a história. Em *Prosecutor v. Karadzic*, o acusado requereu que o Tribunal investigasse sua informação de que, a ele, havia sido prometida imunidade caso abandonasse a política. Sustentou que, caso não fosse útil para a efetiva valoração ao longo do processo, serviria para construção de registro histórico.

O pedido foi recusado de plano, sob a alegação de não cabe ao Judiciário ao registrar a história.⁵⁶

Em realidade, registro histórico de um período de imensas divergências políticas, pois chegou-se ao cometimento de atrocidades, não parece mesmo o mais indicado para ser adotado em um processo penal.

Considerando-se que a prática de genocídio e de crimes contra a humanidade não raro envolvem a existência de um elemento contextual, no qual as condutas individuais devem ser analisadas, a reconstrução da verdade histórica não parece de-

53 “1080. One of the most important purposes of a sentence imposed by the International Tribunal is to make it abundantly clear that the international legal system is implemented and enforced. This sentencing purpose refers to the educational function of a sentence and aims at conveying the message that rules of humanitarian international law have to be obeyed under all circumstances. In doing so, the sentence seeks to internalise these rules and the moral demands they are based on in the minds of the public. 1081. The reprobation or stigmatisation associated with a sentence is closely related to the purpose of affirmative prevention. Similarly, putting an end to impunity for the commission of serious violations of international humanitarian law refers to affirmative prevention.” *Prosecutor v. Kordic e Cerkez*, Câmara de Apelação, Julgamento de 17 de dezembro de 2004, parágrafos 1080-1081. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

54 “Such a role in relation to victims was noted by the ICTY in the *Nikolic* case, which asserted that ‘punishment must therefore reflect both the calls for justice from the persons who have – directly or indirectly – been victims of the crimes.’” *CRYER, op. cit.*, p. 33.

55 *DRUMBL, op. cit.*

56 “46. The Chamber considers that there is no reason to hold an evidentiary hearing if the Prosecution’s submissions on the law are correct and the Accused cannot succeed even if the evidence on which he relies is proved. If the Accused cannot obtain the relief he seeks as a matter of law, then the issue of whether the Agreement was ever made is irrelevant to any issue other than sentence, on which evidence may be led at trial. The Trial Chamber rejects the Accused’s submission that not having an evidentiary hearing at this stage would be a disservice to history. The Chamber’s purpose is not to serve the academic study of history. If the review of the law on the foregoing basis indicates a need to hear evidence, then a hearing will be held.” *Prosecutor v. Karadzic*, Câmara de Julgamento, Julgamento de 8 de julho de 2009, parágrafo 56. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/090708.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

finitivamente a finalidade mais indicada para ser perseguida pelos julgamentos internacionais.

Ao lado da satisfação das vítimas e do registro histórico, por se inserir em um contexto de justiça de transição, uma aparente nova finalidade da pena que a tutela do direito penal internacional em geral e dos crimes contra a humanidade em particular estabeleceu.

Como já mencionado, para que se obtenha justiça, verdade e reconciliação, as finalidades declaradas da justiça de transição são incluídas entre as medidas que devem ser adotadas instrumentos que possibilitam descrição de um passado violento, como as comissões da verdade, e a punição das violações de direitos ocorridas, que seria sua consequência natural e indispensável. Essas medidas permitiriam o estabelecimento e a consolidação de um novo governo que não venha repetir os abusos pretéritos como resultado das revelações alcançadas, além de serem condições para uma paz durável.⁵⁷

Aliás, essa ideia está contida na expressão comumente repetida e atrelada a períodos de transição: *no peace without justice*.

Sobre o ponto, Bassiouni⁵⁸ sustenta que a justiça de transição é uma premissa para a correta compreensão que estabilidade política, segurança e gestão democrática após períodos de graves violações aos direitos humanos, como os crimes contra humanidade, são reforçados pelo compromisso com a responsabilização penal dos possíveis agentes.

Segundo o autor, enfrentar abertamente o legado de violência passada é essencial para a prevenção de futuras vitimizações, estabelecer paz e reconciliação e proteger direitos humanos.⁵⁹

Dessa maneira, a reconciliação parece ter sido incluída entre as finalidades da pena num processo de transição e a experiência latino-americana recente seria uma demonstração disso, visto que, após a concessão, em diversos Estados, de leis de anistia, passou a haver persecução penal e punição.

Ressalte-se, desde já, que não há qualquer prova empírica de que a punição é indispensável para a reconciliação, visto que há experiências

com e sem punição, sem que se possa demonstrar cabalmente, que onde houve punição, já haveria reconciliação, e, onde não, segue o conflito.

Feita essa ressalva, certo é que o próprio Conselho de Segurança das Nações Unidas, na Resolução 827,⁶⁰ que criou o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, e na Resolução 955,⁶¹ que criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, usando expressões praticamente idênticas, afirmou sua crença em que a punição desempenharia papel relevante na reconciliação nacional e no estabelecimento da paz futura.

Possivelmente, o caso, no Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, foi o caso *Prosecutor v. Plavsic*. Biljana Plavsic foi co-Presidente da Republika Sprska em 1992 e, após se entregar ao Tribunal, confessou a prática de crimes contra a humanidade, expressou remorso e que fazia isso para oferecer algum consolo as vítimas inocentes da guerra na Bósnia e Herzegovina.⁶²

60 “Convinced that in the particular circumstances of the former Yugoslavia the establishment as an ad hoc measure by the Council of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law would enable this aim to be achieved and would contribute to the restoration and maintenance of peace, Believing that the establishment of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for the above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed,”. ONU, Conselho de Segurança, Resolução 827 (1993). Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

61 “Convinced that in the particular circumstances of Rwanda, the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law would enable this aim to be achieved and would contribute to the process of national reconciliation and to the restoration and maintenance of peace, Believing that the establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for genocide and the other above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed, “. ONU, Conselho de Segurança, Resolução 955 (1994). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994))>. Acesso em: 18 jan. 2016.

62 “19. Reference should also be made to a document filed at the same time as the Factual Basis, namely a Statement by the accused in support of her motion for change of plea, dated 30 September 2002. In this Statement, Mrs. Plavsic states that by “accepting responsibility and expressing her remorse fully and unconditionally, [she] hopes to offer some consolation to the innocent victims – Muslim, Croat and Serb – of the war in Bosnia and Herzegovina”. She “invites others, especially

57 MILLER, *op. cit.*, p. 267.

58 BASSIOUNI, M. Cherif. *Assessing conflict outcomes: accountability and impunity*. In: BASSIOUNI, M. Cherif. *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization and post-conflict justice*. Antuérpia: Intersentia, v. 1, 2010, p. 7.

59 *Idem*, *ibidem*.

A Câmara de Julgamento, na sentença penal condenatória, afirmou a importância da confissão e consequente reconhecimento de culpa e revelação de detalhes sobre o ocorrido para o processo de conhecimento da verdade histórica e de reconciliação. Tanto assim que considerou, inusitadamente, tais circunstâncias como atenuantes quando da aplicação da pena.⁶³

Ressalte-se que, sobre o ponto, a jurisprudência não se consolidou sobre a matéria e, em outros casos, não houve reconhecimento da atenuante mencionada em casos em que teria havido contribuição para o processo de paz.

10 CONCLUSÃO

A adoção de medidas de transição tem sido acompanhada de grandes expectativas e de grande ceticismo quanto ao alcance de tais finalidades.

Sob certo aspecto, seria a transposição das discussões sobre punição que existem na criminalidade comum, embora exista componente ideológico que pode levar a ódios irracionais.

Mais que isso, há o desafio de estabelecer um julgamento justo (*fair trial*), correndo o risco de que os acusados utilizem-no para propaganda e para tentar deslegitimá-lo.

leaders [...] to examine themselves and their own conduct". And, as a leader and later an accused, she learned a great deal about the gravity and nature of the crimes committed by the forces which she led and inspired during the war; and she recognises her obligation to accept responsibility for acts committed by others." Prosecutor v. Plavsic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 27 de fevereiro de 2003, parágrafo 19. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/platj030227e.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

63 "80. The Trial Chamber accepts that acknowledgement and full disclosure of serious crimes are very important when establishing the truth in relation to such crimes. This, together with acceptance of responsibility for the committed wrongs, will promote reconciliation. In this respect, the Trial Chamber concludes that the guilty plea of Mrs. Plavsic and her acknowledgement of responsibility, particularly in the light of her former position as President of Republika Srpska, should promote reconciliation in Bosnia and Herzegovina and the region as a whole.

81. The Trial Chamber will accordingly give significant weight to the plea of guilty by the accused, as well as her accompanying expressed remorse and positive impact on the reconciliatory process, as a mitigating factor." Prosecutor v. Plavsic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 27 de fevereiro de 2003, parágrafos 80-81. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/platj030227e.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

É preciso refletir também sob o efeito catártico sobre as vítimas e se tais julgamentos são capazes de promover a paz e reconciliar ou se apenas servirão para acentuar divisões.

Seja como for, foi estabelecido que a comunidade internacional não admite a prática das graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário.

Na América Latina, tem havido uma tendência de reprovação penal, mesmo para processos de transição ocorridos décadas atrás. Já no Brasil, embora não tenha havido a persecução penal até aqui, visto que as opções foram pela anistia e sua manutenção, segue em dúvida como avaliar os resultados de políticas de transição e, principalmente, estabelecer a desejada reconciliação nacional, afinal, como reconciliar é a pergunta permanente e difícil resposta.

As finalidades da pena podem ganhar contornos particulares nessa categoria de crimes, principalmente pela dificuldade de estabelecer a proporcionalidade entre crime e pena diante de condutas tão graves quanto às atrocidades. Seja como for, importa dizer que a própria a jurisprudência não é unânime em apontar quais finalidades adequadas, variando de decisão a decisão, Tribunal a Tribunal.

Se não há resposta certa, pelo menos serve para refletir sobre o próprio alcance do Direito Penal em relação aos crimes contra a humanidade.

Como pode ser constatar do exame dos precedentes internacionais, em meio a diversas finalidades apontadas, a retribuição, considerada nos julgados como medida de justiça, segue sendo a principal resposta e mais frequente.

De todo modo, não é clara ainda no mundo o impacto das medidas de transição, especialmente da punição penal, na reconciliação nacional, porque é difícil mensurar o seu impacto concreto nesse difícil processo.

Talvez seja mais correto afirmar que tais medidas podem facilitar reconciliação, mas não o farão por si só, pois se trata de um longo processo.

Ademais, a falta de violência não significa reconciliação. É preciso que antigos antagonistas passem a compartilhar a mesma visão de futuros e valores semelhantes, para que possa haver um futuro estável. Se o direito auxilia nisso, não se sabe.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *Treatise on international criminal law: foundations and general part*. Oxford: Oxford University Press, v. 1, 2013.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Assessing conflict outcomes: accountability and impunity*. In: BASSIOUNI, M. Cherif. *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization and post-conflict justice*. Antuérpia: Intersentia, v. 1, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BOISTER, Neil. CRYER, Robert. *Documents on the Tokyo International Tribunal*. Oxford: Oxford, 2008.

CORREA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1993.

CRYER, Robert; FRIMAN, Håkan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

DRUMBL, Mark. *Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity*. In: *NorthWestern Law Review*. Inverno 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=530182>. Acesso em: 16 jan. 2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. 14ª ed. Trad. Raúl Zaffaroni. B. Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 16ª ed. rev.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimaraes, 1990.

HOLMES, John. *The principle of complementarity*. In: *The International Criminal Court: the making of the Rome Statue – issues, negotiations, results*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 74.

HUNGRIA, Néelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal: dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. 6. ed. – Rio de Janeiro: LMJ, 2014.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86-91.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Granada: Comares, 2002.

MAURACH, Reynald; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte General*. Buenos Aires: Astrea, v. 1, 1994.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: Parte Geral*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. 7ª edição, Barcelona Reppertor, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª edição. Madrid: Civitas, 2006.

_____. *Sentido e limites da pena estatal*. In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SCHABAS, William A.. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 555.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. 2ª ed. Montevideo: B de F, 2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALLGREN, Immi. *The sense and sensibility of international criminal law*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/13/3/486.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

WIPPMAN, David. *Atrocities, deterrence, and the limits of International Justice*. *Fordham International Law Journal*, Volume 23, nº 2, 1999. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1676&context=ilj>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

Prosecutor v Delalić e outros, Câmara de Apelações, Julgamento de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 799. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Prosecutor v. Aleksovski, Câmara de Apelações, Julgamento de 24 de março de 2000, parágrafo 185.

Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Prosecutor v. Erdemovic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 29 de novembro de 1996, parágrafos 58. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Prosecutor v. Erdemovic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 5 de março de 1998, parágrafos 16. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts980305e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Prosecutor v. Furundzija, Câmara de Julgamento, Julgamento de 10 de dezembro de 1998, parágrafos 288. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Prosecutor v. Karadzic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 8 de julho de 2009, parágrafo 56. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/090708.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Prosecutor v. Kordic e Cerkez, Câmara de Apelação, Julgamento de 17 de dezembro de 2004, parágrafos 1080-1081. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Prosecutor v. Momir Nikolic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parágrafos 86-87. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Prosecutor v. Nikolic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parágrafos 89-90. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Prosecutor v. Plavsic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 27 de fevereiro de 2003, parágrafo 19. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/pla-tj030227e.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Prosecutor v. Plavsic, Câmara de Julgamento, Julgamento de 27 de fevereiro de 2003, parágrafos 80-81. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/pla-tj030227e.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Prosecutor v. Tadic, Câmara de Apelação, Julgamento de 26 de janeiro de 2000, parágrafos 48. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-asj000126e.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas

ONU, Conselho de Segurança, Resolução 827 (1993). Disponível em <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ONU, Conselho de Segurança, Resolução 955 (1994). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994))>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Transitional justice and aims of punishment

ABSTRACT

This paper aims to discuss the crimes against humanity and the role of its punishment in process of transitional justice. Initially, it discusses the different aims of punishment on criminal law. After that, from International Case Law, it presents the aims of punishment on international criminal law in general and on crimes against humanity in particular.

Keywords: International Criminal Law. Transitional Justice. Crimes against humanity. Aims of punishment.

Recebido em: 18/10/2016.

Aprovado em: 02/12/2016.