

O desenvolvimento da Justiça de Transição a partir do contexto dos Direitos Humanos e do Direito Penal e suas perspectivas transicionais
The development of transitional justice based on the context of Human Rights and Criminal Law and its transitional perspectives

Ana Sofia Vilanova Monken¹
Lara Ramos da Silva²
Pollyana Presotti Tibúrcio³
Raphaela Hulack Oliveira Virgílio⁴

Resumo

Cenários de rupturas institucionais e regimes autoritários marcaram o século XX, ocasionando graves violações de direitos. Diante disso, Direitos Humanos, Justiça de Transição e Direito Penal exercem importante papel na reação da sociedade frente a tais violações e interagem dinamicamente, se mostrando progressivamente convergentes na busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito. A partir disso, será analisada a correlação entre tais esferas e seus efeitos para a garantia de direitos, preservação da Democracia e reparação dos erros do passado.

Palavras chave: justiça de transição; direitos humanos; direito penal; democracia

Abstract

Scenarios of institutional ruptures and authoritarian regimes marked the 20th century, leading to serious violations of rights. Human Rights, Transitional Justice and Criminal Law play an important role in society's response to such violations and interact dynamically showing themselves progressively convergent in the search for consolidation of the Democratic Rule of Law. From this, the correlation between these spheres and their effects will be analyzed for the guarantee of rights, preservation of Democracy and reparation of past mistakes.

Key words: transitional justice; human rights; criminal law; democracy

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: anasofia.monken@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: laramosdasilva@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: tiburcio.polly@gmail.com.

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: raphaelahulack@outlook.com.

1 - Introdução

É sabido que a história política da humanidade não é estática, sendo constantemente moldada conforme o contexto. Se fala em democracia desde os tempos longínquos da Grécia Antiga e, durante todos esses milênios, observa-se uma constante tentativa de efetivar seus ideais. Entretanto, a história é marcada por inúmeras rupturas, que podem modificar tais princípios democráticos, e até mesmo suprimi-los, como ocorre nos recorrentes casos de instauração de regimes autoritários. Superados esses regimes, nos períodos de redemocratização, o Estado e a sociedade civil devem, juntos, agir de modo a minimizar os danos causados, evitar novas rupturas e garantir direitos. Tais períodos têm sido marcados por essas discussões em função do avanço no âmbito dos Direitos Humanos, bem como do crescimento da importância e do reconhecimento de seu caráter primordial, mostrando-se como uma ferramenta vital para a efetivação de garantias inerentes ao ser humano.

Cenários de rupturas institucionais e predominância de regimes autoritários marcaram especialmente o século XX, ocasionando graves violações aos direitos humanos. Em resposta a essa realidade, desenvolve-se internacionalmente um sistema que pretende consolidar novos pilares de proteção a esses direitos, na intenção de mobilizar autoridades tanto da esfera pública quanto da privada em prol da restauração dos valores que se perderam nos intensos períodos de conflitos anteriores.

A justiça de transição se insere dentro desse panorama de ações conjuntas e está associada a tais períodos de mudança política, marcados pela passagem de um estado de exceção para a democracia. Ela se compromete a enfrentar os crimes de lesa humanidade cometidos no passado, culminando na consolidação e na preservação de um Estado de Direito mínimo, sendo construída, portanto, como uma reação, nos âmbitos social e jurídico, a tais crimes cometidos por agentes dos regimes opressores.

Para fazê-lo, a justiça transicional se apoia em quatro importantes pilares, sendo estes memória e verdade, justiça, reparação e reformas institucionais. A concepção de justiça de transição adotada no relatório do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o tema considera:

A ideia de 'justiça de transição' examinada no presente relatório compreende toda a variedade de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de lidar com um legado de abusos passados em larga escala, com o objetivo de estabelecer as responsabilidades, servir a justiça e alcançar a reconciliação. Esses podem incluir tanto mecanismos judiciais quanto extrajudiciais, com diferentes níveis de participação internacional (ou mesmo nenhuma) e julgamentos individuais,

reparações, busca da verdade, reformas institucionais, investigações de antecedentes, remoção de pessoas de seus cargos, ou uma combinação de todos eles⁵.

Tais pilares compreendem uma variedade de mecanismos que se configuram como esforços, por parte da sociedade, para lidar com o legado de violência dos regimes de exceção. A verdade e a memória se consolidam como um instrumento transicional que busca, por meio de um resgate, revelar e transmitir a veracidade dos atos violadores dos direitos das vítimas, de seus familiares e da sociedade como um todo. Isso é uma forma de combater a tão incisiva política de esquecimento, imposta à sociedade de modo a perpetuar a ignorância e o desconhecimento em relação aos erros do passado.

O ideal de justiça, por sua vez, implica o combate judicial da impunidade, mediante investigação e punição dos autores das violações ocorridas. Existe uma tendência em preponderar esse pilar em relação aos outros, firmando a judicialização como principal alternativa para enfrentar a impunidade. Esse posicionamento é característico de um sistema penal retributivo, que vê na punição a forma fundamental para efetivar a justiça de transição.

A reparação às vítimas, no que lhe diz respeito, consiste no amparo estatal destas de forma adequada, diante das perdas decorrentes das condutas autoritárias anteriores. Esse direito à compensação não necessariamente se resume a um valor monetário, pelo contrário, ele deve ir além, abarcando tanto os aspectos psicológicos, quanto os morais e sociais. A reparação só se dá por completo quando transcende as vias dos danos materiais, compreendendo as perdas das vítimas e seus familiares em toda sua complexidade.

Por fim, tem-se a reforma institucional, uma maneira de oxigenar o sistema, combatendo os resquícios internos que intencionavam a perpetuação dos ideais ditatoriais. É de suma importância que esse pilar se efetive, uma vez que não é possível restaurar a democracia com mecanismos que a corromperam. Isso pode ser feito excluindo os autores de graves violações de direitos humanos de posições de influência dos órgãos estatais e, ainda, se retratando com os perseguidos políticos, garantindo-lhes a restituição de seus cargos dos quais foram injustamente exonerados.

Apesar de tais conceitos elementares, presentes de forma comum nos singulares panoramas transicionais que se desenvolvem nos diferentes países, a justiça de transição não acontece de forma homogênea. Isso ocorre devido às particularidades dos diversos cenários de

⁵ OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Brasília, 2016, p. 27.

rupturas políticas e institucionais, como pode ser nitidamente observado nos países latino-americanos. Cada um dos países encontra um equilíbrio diferente entre os pilares, construindo sua justiça de transição de maneira única e adequada ao seu contexto temporal e político social.

Percebe-se que, assim como a história política, a justiça transicional está em constante transformação, adequando-se ao contexto no qual se insere, sendo diretamente influenciada pela importância que se dá ou não aos Direitos Humanos. Partindo desse pressuposto e da recente concepção desse processo de redemocratização, a justiça de transição se configura um constante processo de desenvolvimento, dificultado pela falta de interesse daqueles que preservam as ideologias autoritárias e tentam manter as violações do passado na ignorância. Essa dificuldade é um dos principais obstáculos que esse ramo da justiça busca superar para alcançar seu objetivo de garantir um tratamento digno às vítimas direta e indiretamente afetadas pelos governos ditatoriais e efetivar garantias de não repetição.

Portanto, é notória a contribuição dos Direitos Humanos para o desenvolvimento da justiça de transição que, por sua vez, busca desempenhar a função de efetivar tais direitos fundamentais. Da mesma forma, existe uma relação entre o Direito Penal e os Direitos Humanos, sendo essa evidenciada por uma evolução conjunta de ambas as áreas, na tentativa de incorporar ideais mais humanos nos mecanismos penais, culminando na primazia pela dignidade da pessoa humana nas sanções aplicadas. Esses três âmbitos do Direito e da Justiça correlacionam-se, sendo a relação entre o Direito Penal e a justiça de transição marcada pela influência mútua em razão da prevalência da utilização de punições na efetivação do pilar de Justiça, seguindo a tendência internacional de responsabilizações penais.

2 - A relação bilateral entre os Direitos Humanos e a justiça de transição

O período que antecedeu as duas grandes Guerras Mundiais e suas subsequentes rupturas políticas, eventos situados no século XX, mostrou-se diferente na maneira de lidar e garantir direitos, o que culminou na vigência de regimes autoritários decorrentes de tais rupturas. Em resposta a esses períodos, marcados pela banalização dos valores e princípios de preservação e proteção de garantias fundamentais, surge a necessidade de consolidar uma forma de efetivação desses direitos, o que se concretiza por meio do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse âmbito do Direito encontrou respaldo na criação da ONU, órgão internacional com relevante atuação nesse sentido, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que consolidou as diretrizes de atuação das autoridades de forma a se obter respeito mútuo e direitos iguais para todos. Essas são os dois

fatores iniciais que impulsionaram a consolidação de tal esfera, na intenção de uma maior proteção aos direitos pertinentes no cenário democrático.

Consolidado tais ideais, tem-se, portanto, os direitos humanos como direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Eles abarcam desde o direito à vida até o direito ao trabalho, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. Tais direitos são universais, aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; inalienáveis, que não podem ser privados; indivisíveis e interdependentes, uma vez que é insuficiente respeitar alguns e outros não. É importante ressaltar que esse conceito não é estático, e tem se desenvolvido e se ampliado, relacionando-se cada vez mais com diferentes esferas, objetivando um maior leque de garantias.

Explanado o conceito de Direitos Humanos, fica evidente que o que se passou nas ditaduras civis-militares na segunda metade do século XX no cone sul da América Latina representam graves violações às garantias fundamentais por meio de violentas ações estatais dirigidas contra a sociedade civil, constituindo-se como crimes contra a humanidade. A justiça de transição é um instrumento que visa efetivar tais direitos, violados em um cenário anterior de exceção, que deve ser revertido pelo processo de redemocratização, de modo a consolidar um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, pode-se afirmar que os processos transicionais se valem de instrumentos que buscam garantir a justiça, a reparação e a responsabilização, fatores indispensáveis para o enfrentamento das atrocidades do passado. Conjuntamente a esses objetivos, caminham as intenções dos Direitos Humanos de consolidar uma consciência universal de respeito a valores humanistas, abrangendo de forma ampla a garantia de direito à memória, verdade e reparação. Sendo assim, a justiça de transição mostra-se como uma vertente de garantia de direitos humanos, na busca pela paz e segurança internacionais, atentando-se às violações passadas como forma de garantia de não repetição.

A consolidação dos Direitos Humanos e seus reflexos na sociedade internacional contribuem para o fortalecimento dos processos transicionais de forma a impulsioná-los, em suas diversidades, em direção à garantia de seus objetivos. Apesar das dificuldades ainda encontradas para que a justiça de transição se efetive plenamente, como os resquícios das ideologias que prevaleceram durante os períodos de exceção, a crescente importância dada aos direitos humanos tem se mostrado como um apoio vital para a superação de tais obstáculos.

3 - Origem da tendência punitivista da justiça de transição

Tendo sido previamente apresentados os quatro pilares que regem o fortalecimento transicional em um contexto mundial, bem como constatado uma diferente harmonia entre eles adotada por cada Estado em seu respectivo contexto, percebe-se que o pilar da justiça, desde os primórdios da justiça de transição, tem sido colocado em destaque em relação aos demais. Essa primazia pela responsabilização é devido à influência de uma ideologia predominantemente punitivista, que considerava como única forma de resolução de conflitos a punição por meio do Direito Penal. Assim, a partir dessa relação, constrói-se uma perspectiva transicional em consonância com uma conjuntura penalista, que também se desenvolve por meio de realidades temporais e socioculturais particulares.

Considerando a influência que o contexto criminal exerce nos processos da justiça de transição, percebe-se uma primeira tendência referente ao período pós Segunda Guerra Mundial. Essa predisposição advém da manifestação da justiça transicional como uma resposta, principalmente internacional, depois das duas grandes guerras, às violências perpetradas pelos Estados e pelos seus agentes. Assim, a ideologia retributiva, própria do sistema criminal vigente em tal época, passa a influenciar de maneira considerável os mecanismos de justiça de transição. Tal influência nota-se na busca constante pela responsabilização criminal dos agentes responsáveis pelos regimes de exceção, sendo a punição considerada como a única saída viável para combater a impunidade e efetivar a redemocratização.

3.1 - A justiça de transição e o Direito Penal do inimigo

No contexto de pós Segunda Guerra Mundial, o Direito Penal se caracteriza pela predominância de um ideal que considerava o criminoso como o inimigo. Günther Jakobs, importante penalista alemão que introduziu tal conceito de inimigo no paradigma vigente na época, considerava o criminoso apenas como uma fonte de perigo, e não como um portador de direitos. Diante de tal concepção, a pena se manifestava como uma forma de castigo em razão de uma conduta ilícita anterior, de forma a conter um valor em si mesma. Ela não se preocupava em reeducar e reinserir o criminoso na sociedade da forma como seria adequada, o que culminou na sua ineficácia quanto a finalidade de contenção da prática de condutas ilícitas, não impedindo a reincidência.

Nota-se que esse conceito de pena não visa um objetivo futuro, sendo apenas uma retribuição ao crime cometido. Tal mecanismo é a manifestação contemporânea de princípios arcaicos de justiça, como a Lei de Talião, que se manifesta pela máxima "*oculum pro oculo et*

dentem pro dente". Isso evidencia o uso do instrumento punitivo como simples forma de vingança frente a uma conduta típica cometida anteriormente por membros da sociedade. Tal conduta exigiria instrumentos de coação que combatem perigos a partir da legitimação pelo medo.

O cenário do fim da Segunda Guerra Mundial, bem como a forma como as autoridades internacionais lidaram com o holocausto e seus desdobramentos, ilustram claramente que a concepção supracitada predominou durante esse contexto de ruptura. As circunstâncias desse cenário se delinearam a partir de uma Europa fragilizada, que buscava uma reorganização das potências mundiais e uma retomada dos valores ético sociais que foram banalizados pelas instituições autoritárias que detinham o poder durante esse período de exceção.

Os acontecimentos do período se manifestaram como uma política sistemática de violações dos Direitos Humanos por parte dos agentes estatais contra a sociedade civil, atos enquadrados como crimes de lesa humanidade. Ademais, foram parte do sistema responsável por quebras agressivas dos ideais de justiça, igualdade e respeito. A retomada de tais convicções será um dos focos do processo transicional que se instalou no pós Segunda Guerra Mundial.

A concepção de justiça de transição no período mencionado tem como objetivo principal demarcar os parâmetros relativos aos acontecimentos injustos perpetrados em tal guerra. A partir disso, foi organizada uma resposta penal para tais eventos, que visava uma punição justificável diante da comunidade internacional. Considerando o sistema punitivista predominante, essa resposta era a única via que poderia ser considerada pelo panorama histórico geral, uma vez que a solução para as rupturas era comumente abordada de tal forma. Partindo dessa maneira de combater a impunidade, a população reagiu exigindo do Estado uma responsabilização retributiva dos agentes violadores de Direitos Humanos, visto que predominava a ideia de que essa era a alternativa adequada, ou seja, uma punição suficiente e necessária frente aos acontecimentos.

O processo transicional retributivo explanado se vale dos Tribunais Penais Internacionais como instrumentos para efetivar o pilar da justiça no que tange a responsabilização dos agentes perpetradores das violações aos Direitos Humanos. Foram buscadas sanções penais individuais dos líderes dos governos autoritários, que transcenderam a responsabilização estatal e questionaram a ideia de que as condutas praticadas eram realizadas em estrito cumprimento do dever legal.

Nesse momento, o Tribunal de Nuremberg foi uma das maiores referências, concretizando o objetivo de garantir a punição individual das atrocidades cometidas pelo homem. Este tribunal, em seus julgamentos, criou conceitos fundamentais que se tornaram

legado para o Direito Humanitário, os quais são utilizados até hoje. A fim de deliberar sobre os crimes cometidos pelos nazistas, este tribunal *pos factum*, de exceção, abarcou uma série de julgamentos. Esse processo foi conduzido pela Carta de Londres, confeccionada pelos vencedores da guerra, na qual eram estabelecidas as acusações pelos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Esse episódio desencadeou o surgimento de inúmeros outros Tribunais Penais Internacionais, seguindo a linha de atuação que buscava a responsabilização dos agentes individualmente por seus atos, tendo como diretrizes os preceitos fixados nas sentenças judiciais de Nuremberg. Em geral, a instalação de tais Tribunais é provocada por violações estatais frente às quais o Poder Judiciário nacional não encontrou competência para julgar ou não se mostrou interessado em enfrentar de maneira categórica os acontecimentos. Dessa forma, diante da dificuldade de um Estado julgar seus próprios atos indevidos, mesmo que esses tenham ocorrido durante períodos de exceção, surgem os tribunais *ad hoc* como ferramentas para assegurar a responsabilização. Cabe destacar o conceito abordado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, definindo que esses tribunais são destinados a encarar os crimes internacionais mais graves, tais como os de genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Ademais, esses são tribunais temporários destinados a lidar com questões pontuais, que resolvidas, acabam por extinguir suas atividades.

O uso de tais Tribunais Penais reflete a tendência internacional de judicialização encarada como a estratégia mais eficaz no combate à impunidade. Tal tendência advém da concepção predominante desse sistema penal retributivo, predominante no contexto, que influencia os processos transicionais a assumirem uma organização voltada para o pilar da justiça. Portanto, partindo desse pressuposto, percebe-se um parâmetro transicional fundamentado na consolidação da ideia de responsabilização por meio do uso do sistema penal vigente.

3.2 - Considerações a respeito da primazia do pilar da judicialização

Diante do que foi previamente explanado, nota-se que, mesmo que o cenário do pós Segunda Guerra Mundial já tenha sido superado, a concepção de justiça transicional referente a ele ainda deixou um legado para os contextos de rupturas institucionais do final do século XX e início do século XXI. Nota-se que a prática da judicialização, para consolidar a redemocratização, ainda é a tendência predominante nos processos transicionais que surgem, por exemplo, com o término das ditaduras civis militares na América Latina.

A manutenção de uma justiça transicional pautada primordialmente na responsabilização não tem se demonstrado da forma mais eficiente possível na sua missão de garantir os direitos inicialmente suprimidos pelos regimes de exceção. Isso se manifesta de tal maneira, pois ela não tem alcançado uma abordagem complementar e mutuamente fortalecedora dos quatro eixos da justiça de transição, que segundo Carla Osório⁶, é a estratégia mais adequada para se efetivar os objetivos transacionais na luta contra a impunidade.

No que tange sua relação com o Direito Penal, é importante observar que a maneira como a situação está sendo conduzida fere o seu princípio da subsidiariedade. Os mecanismos de responsabilidade penal têm sido utilizados de maneira sistemática, como primeira e única alternativa possível para a consolidação dos ideais de justiça. Entretanto, esse cenário se configura como um equívoco visto que outras ferramentas de solução de conflito deveriam ser priorizadas frente ao Direito Penal, devido ao seu caráter de *ultima ratio*. Dessa forma, a subsidiariedade do Direito Penal é um ponto de convergência entre os mecanismos penais e o pilar da justiça frente aos demais pilares nos processos transicionais. Esse equilíbrio do pilar da justiça com os demais já se provou necessário, tendo em vista que a estratégia penal como opção primordial tem se mostrado falha em efetivar seu objetivo principal de desestimular a condutas reprováveis e transformar o status quo de violências. O mesmo pode ser também observado no âmbito da justiça de transição, que, ao priorizar mecanismos de punição em detrimento dos demais, permanece na tentativa de alcançar seus objetivos, porém sem conseguir fazê-lo plenamente, ocasionando deficientes garantias de não repetição.

A adoção dos dispositivos penais como primeira alternativa para alcançar a justiça de transição, porém, não é uma medida que tem apoio apenas das autoridades governamentais, que guiam o processo transicional. O uso desse critério é respaldado também pelo corpo social, que clama por punição concreta aos agentes da repressão, considerando que só a punição penal seria uma resposta suficiente, colocando as outras alternativas em um patamar inferior de efetividade, como se não suficientes. Esse cenário ilustra claramente a predominância da ideologia do Direito Penal do inimigo, que prevê a pena como instrumento fundamental de combate aos indivíduos perigosos e que se manifesta de forma velada ainda nos dias atuais. Dessa forma, o foco de tal instrumento se volta para o perpetrador, em puni-lo como forma de efetivar o processo transicional, sendo que, na verdade, o foco deveria estar na vítima, para atingir seus objetivos de reparação, justiça e memória de forma mais eficiente.

⁶ OSO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Brasília, 2016.

Um outro aspecto a ser observado a respeito da responsabilização retributiva envolve a desarmonia dos pilares transicionais. Quando a busca pela efetivação da justiça se encerra em si mesma, surge o perigo de se perpetuar a impunidade. A consequência da judicialização acaba por ser apenas a consolidação de precedentes, de modo que os novos casos possam se pautar nesses e, a partir disso, passam a condenar os agentes violadores dos direitos humanos. Ademais, pode ser inconveniente por se exaurir no julgamento e na aplicação de pena, sem efetivar os outros pilares, podendo cair em erro e alicerçar a impunidade.

Nesse sentido, cabe mencionar Enzo Bello, que sintetiza o desequilíbrio entre os pilares e aborda outras limitações decorrentes da prática, de maneira restritiva, da judicialização:

Isso demonstra um desprezo das dimensões política e social, e a aposta somente nas dimensões ética e jurídica dos direitos sociais para a sua efetivação. Em razão disso, deixa-se de perceber que se está diante de casos extremos e contingentes, de grande relevância, porém de pouquíssima ou nenhuma repercussão no quadro geral e estrutural de desigualdades sociais. Do mesmo modo, condiciona-se a prática da cidadania ao ajuizamento de demandas perante o Judiciário – este tido como tutor de uma sociedade órfã e desprotegida de recursos financeiros, do acesso à cidadania⁷.

4 - A evolução conjunta da justiça de transição e do Direito Penal

A partir do reconhecimento de que a justiça de transição, recorrendo ao Direito Penal, pode não ser a forma mais eficaz de se atingir a reparação almejada, verifica-se que um caminho, no sentido de buscar alternativas a esse processo, procurando alcançar uma melhor harmonia entre os pilares, tem sido percorrido. Os questionamentos em relação aos paradigmas anteriores vêm provocando uma evolução conjunta do Direito Penal e da justiça de transição.

Em relação ao primeiro, nota-se que a ótica retributiva, que se pautava no inimigo, tem sido superada, seguindo uma concepção mais humanista, que trata do criminoso também como portador de direitos. A pena, aqui, é tida como um instrumento de realização de um objetivo futuro de prevenção da reincidência, educação dos condenados e ressocialização dos presos. Essa nova ideologia se torna utilitária e socialmente construtiva ao abandonar a pena como fim em si mesma e dar a ela um sentido de meio para o alcance dos propósitos sociais das penas, tendo como foco a vítima. Gabriel Rojas considera que:

Tal cuestionamiento debe incluir una evaluación política de la violencia que impone el derecho penal en sociedades desiguales (Foucault 1975, Garland 2007, Gargarella

⁷ BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 184.

2010) e indagar por possibilidades restaurativas de la pena (Braitwaite 1996). Así, el castigo puede ser considerado como un recurso maleable en escenarios de transición política que debe comprender la impunidad desde fines más complejos que la mera retribución⁸.

É válido ressaltar que essa evolução do Direito Penal foi fortemente influenciada pela consolidação dos Direitos Humanos, que primam pela manutenção da dignidade dos cidadãos. Com a utilização de mecanismos penais autoritários, como era observado no cenário anterior, tem-se, muitas vezes, a violação da integridade do condenado por meio de penas severas e abusivas. Entretanto, em uma abordagem mais humanista do Direito Penal, na qual ele se configura como um paradigma limitador do poder punitivo estatal, tem-se uma preocupação em resguardar os direitos e as garantias fundamentais dos réus, em consonância com o que está expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Concomitante ao Direito Penal, a justiça de transição também tem evoluído para uma concepção mais humanista, na qual pode ser verificado um melhor equilíbrio na efetivação dos pilares transicionais. Nesse novo contexto, ainda que timidamente, tem se dado mais atenção aos outros pilares, buscando romper com a hierarquização consolidada anteriormente, na qual a justiça tinha maior aplicação em detrimento da memória e verdade, da reparação e das reformas institucionais. Esse novo equilíbrio tem sido efetivado de diferentes formas, estando sempre em acordo com as particularidades de cada país e seus respectivos processos transicionais. Apesar de tais diferenças, o crescimento da importância da utilização dos outros pilares para combater, em sua completude, as consequências dos períodos autoritários têm transformado positivamente a justiça transicional. São exemplos dos avanços dos demais mecanismos de reparação os casos concretos a seguir explanados.

Na tentativa de ocultar a real violência praticada nas sessões de tortura, que muitas vezes levavam à morte, era uma prática comum entre os agentes da repressão e seus colaboradores a falsificação de documentos, como o atestado de óbito. No caso do militante João Batista Franco Drummond⁹, que teve a morte diretamente resultante de torturas, foi decidido pelos agentes simular a causa de seu falecimento como se tivesse ocorrido em decorrência de atropelamento. Para conferir caráter verídico ao que constava no atestado, o corpo de João Batista foi levado a um local onde um atropelamento foi encenado. Os médicos legistas envolvidos no caso foram denunciados pelo Ministério Público Federal pelo estado de São Paulo pelo crime de falsidade

⁸ ANDRADE, Gabriel Rojas. Hacia una definición de impunidad en el modelo de justicia transicional en Colombia: La necesidad de participación, prevención, comunicación y negociación en la institución social del castigo. Manuscrito. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016, p. 02.

⁹ João Batista Franco Drummond, nascido em Minas Gerais, era militante político à época do regime militar pela Ação Popular Marxista Leninista do Brasil e passou a integrar o Comitê Central do PCdoB em 1974, quando já vivia na clandestinidade.

ideológica. A família de Drummond, em 2012, foi a primeira a obter a retificação do atestado de óbito. O documento, que anteriormente constava traumatismo craniano, passou a informar os reais motivos da morte de João Batista, uma vítima do regime militar. Essa alteração do documento público é uma das formas, para além da judicialização, de possível reparação às famílias de militantes, por meio da garantia do direito à memória e à verdade. Esse mecanismo, entre outras formas de reparação que transcendem a econômica, tem ganhado força na atualidade. O caso de João Batista foi o primeiro de uma série de alterações semelhantes em laudos necroscópicos e certidões de óbito. Luiz Eduardo Merlino¹⁰ e Joaquim Seixas¹¹ também tiveram os documentos falsificados, o que foi recentemente denunciado pelo Ministério Público Federal do estado de São Paulo¹².

Entretanto, a mudança na relação entre os pilares vem enfrentando obstáculos ideológicos comuns às transformações, visto que é buscada a superação de um paradigma e a consolidação de um novo, para o qual a sociedade, muitas vezes, não tem se mostrado completamente preparada. O contexto da Colômbia é um dos que permite notar com clareza essa transformação em andamento. Palco de um conflito armado que se estende por mais de cinquenta anos, o país recentemente tem buscado acordos para colocar fim a tal instabilidade. Em seu Ato Legislativo 01 e no Acordo de Paz proposto entre Estado e guerrilhas, o Estado renuncia a investigação penal para ex-combatentes em determinados casos.

A partir disso, as opiniões se dividem entre aqueles que não abrem mão da responsabilização e aqueles adeptos a outros mecanismos. Os primeiros alegam que abrir mão de tais julgamentos seria permitir a impunidade e gerar um mal exemplo, que dificultaria o perdão e provocaria uma nova humilhação para as vítimas, reafirmando o posicionamento que predominava anteriormente. Já os segundos acreditam que não se eliminaria a impunidade por meio desse mecanismo penal dentro de um sistema penal retributivo, mas sim através de um processo de prevenção, comunicação e negociação que permitisse a participação da população e que buscasse efetivar a paz, ilustrando a transformação buscada por muitos atualmente. Uma alternativa proposta por Gabriel Rojas¹³ é a Justiça Restaurativa, por meio de mediação entre a vítima e o perpetrador, conferências, círculos de sentenças e juntas comunais.

¹⁰ Luiz Eduardo Merlino, de codinome Nicolau, nascido em Santos, era militante à época do regime militar pelo Partido Operário Comunista.

¹¹ Joaquim Alencar de Seixas, nascido no Pará, era militante à época do regime militar pelo PCdoB e pelo Movimento Revolucionário Tiradentes, de São Paulo.

¹² Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes da Ditadura Militar. Brasília: MPF, 2017, p. 229-315.

¹³ ANDRADE, Gabriel Rojas. Hacia una definición de impunidad en el modelo de justicia transicional en Colombia: La necesidad de participación, prevención, comunicación y negociación en la institución social del castigo. Manuscrito. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016.

A Argentina também se apresenta como um país latino-americano que deve ser explorado no contexto transicional. Ela tem sido referência nos avanços relacionados ao processo de judicialização, os principais aspectos abrangem as formas de participação das vítimas nas questões que envolvem litígio e a cobertura feita pela mídia do andamento da justiça de transição. O movimento das Mães da Praça de Maio é também um marco para o desenvolvimento transicional do país.

No que se refere ao progresso relativo aos métodos de judicialização, a Argentina inovou ao garantir a participação efetiva das vítimas nos processos penais. Essas ganharam um status semelhante a figura de um agente fiscal, de forma a incluir propósitos morais e psicológicos nos mecanismos de responsabilização, que antes visavam somente uma punição objetiva dos agentes do regime ditatorial. A elaboração do "Protocolo de Intervención para el Tratamiento de Víctimas-Testigos en el marco de Procesos Judiciales", em 2011, pode ser observado como um outro reflexo do desenvolvimento mais humanista da justiça de transição a partir do século XXI. Esse protocolo busca trabalhar na assistência das vítimas durante os processos judiciais, contribuindo para o fortalecimento da democracia e do respeito aos direitos humanos a partir do reconhecimento das vítimas como protagonistas principais do contexto transicional.

A concentração dos meios de mídia, garantindo uma cobertura dos desdobramentos dos processos penais, é também um dos aspectos que revela o foco em outros pilares transicionais, sem se restringir à busca pela justiça. Essa forma de efetivar o reconhecimento dos fatos por toda a população e não só pelos diretamente envolvidos no processo manifesta a necessidade de endossar o pilar da memória e verdade. Ademais, as mudanças no que se referem às principais demandas dos movimentos sociais reforçam o desenvolvimento humanístico que tem sido buscado pela justiça de transição, a luta das Mães da Praça de Maio evidencia isso, uma vez que inicialmente elas lutavam pela condenação dos torturadores e assassinos, mas hoje o foco da luta de tal movimento é o respeito aos Direitos Humanos.

Por fim, no que tange o cenário brasileiro, o histórico transicional é bastante conturbado. Tendo como marco inicial a Lei de Anistia de 1979, promulgada ainda durante o regime ditatorial e claramente moldada pelos ideais autoritários, a justiça de transição no Brasil nunca foi tida como prioridade nas políticas estatais. No âmbito das responsabilizações, em 2008, o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra foi o primeiro agente da repressão a ser declarado oficialmente pelo Estado como torturador. Ustra é também protagonista da única condenação individual transitada em julgado. A condenação ocorreu na Justiça de São Paulo, e o coronel

deve pagar uma indenização à família do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino, morto por ele sob tortura em 1971. Ao longo do ano de 2015, entretanto, foram ajuizadas várias ações penais contra alguns dos perpetradores, mas que ainda não possuem desfecho. Como se pode ver, a justiça de transição no Brasil é frágil e ainda não está plenamente consolidada, devendo-se travar uma luta diária contra a política de esquecimento fortemente imposta pelo aparato estatal à sociedade civil.

Entretanto, uma perspectiva que acompanha o caráter mais humanista do Direito Penal que vem sendo construído tem dado mais espaço para mecanismos de transição que dizem respeito aos demais pilares, como o da memória e verdade. Nesse sentido, destacam-se diversas medidas do começo do século XXI, como a inauguração do Memorial de Resistência em São Paulo, bem como o início da construção do Memorial da Anistia Política em Belo Horizonte. Ambas as construções objetivam a preservação da memória de resistência dos que foram vítimas do regime. Entretanto, o cenário político atual enfrentado pelos brasileiros não permite se ter garantias acerca do futuro transicional do país. Para que não haja grandes retrocessos, mais uma vez a sociedade civil desempenha importante papel de pressão perante as medidas, muitas vezes refutáveis, tomadas pelo governo.

Assim, por meio dos desdobramentos relativos a cada país, percebemos que existem continuidades e descontinuidades no que se refere à justiça de transição, além de que ela envolve aspectos fragmentados que se moldam a partir das práticas regionais. Porém, é essencial destacar as semelhantes perspectivas desenvolvidas em cada processo local, uma vez que são essas concepções comuns que tornam possível repensar e reconstruir as realidades políticas que preponderam em cada contexto transnacional.

5 - Considerações conclusivas

É importante compreender que os processos de rupturas, seguidos pelos processos transicionais de redemocratização, não podem ser pensados em uma linha cronológica, correndo o risco de se fazer uma análise simplista e superficial do tema. Isso porque a justiça de transição está em constante desenvolvimento, se concretizando como um processo no qual os avanços e retrocessos se mesclam na caminhada rumo ao alcance de seus objetivos. Dessa forma, nota-se que o contexto em que se insere o processo transicional interfere profundamente no seu desenvolvimento, contribuindo para seu avanço ou, muitas vezes, criando obstáculos que podem ser causas de retrocessos. Destacam-se, aqui, o âmbito do Direito Penal e dos Direitos Humanos como fortes fatores de influência direta nos processos transicionais. Diante

disso, os esforços conjuntos do Estado e da sociedade civil para lidar com o legado de violência dos regimes de exceção podem ser realizados de diferentes formas, que podem ou não efetivar a construção efetiva da justiça de transição.

A tendência internacional de preponderância do pilar da justiça entre os demais foi decorrente da predominância de um ideal punitivista, característico do sistema penal retributivo, procedente do pós Segunda Guerra, mas ainda muito comum nos dias de hoje. Não obstante, uma vez que a responsabilização não tenha sido concretizada completamente, percebe-se que há um foco na busca pela realização desse mecanismo transicional, por meio da judicialização, sendo esse um tema de inúmeras discussões, relatorias e políticas públicas, em detrimento dos outros instrumentos, que, muitas vezes, ficam à margem da atuação e atenção do Estado e da sociedade civil. Contudo, com o advento da consolidação de todo um aparato internacional relativo à proteção das garantias fundamentais, essa preponderância do pilar da justiça tem sido questionada, por meio de inúmeras críticas, principalmente por não garantir a efetivação completa de reparação às vítimas, por ter como foco o perpetrador e não a vítima, bem como por não combater a impunidade, podendo inclusive colaborar com tal situação.

Logo, compreende-se que os problemas intrínsecos ao Direito Penal, como a relativização dos direitos do “inimigo” frente ao medo da impunidade, bem como a pena com fim em si mesmo, estão situados conjuntamente aos problemas dos processos transicionais. Esses processos, portanto, se inserem em um contexto não só de peculiaridades político-sociais locais, mas também de um paradigma internacional do Direito Penal, ambos influenciando de forma expressiva a reconstrução seguinte à ruptura.

O desenvolvimento da justiça de transição, a partir dessa relação, deve então ser questionado, ou até mesmo criticado, em conjunto com esses contextos que a constroem. O Direito Penal do inimigo, ainda muito presente nos processos, deve dar lugar a um enfoque humanista e reintegrador do sistema punitivo. As penas não mais podem ser vistas como vinganças ao passado, mas sim como a construção de um futuro correspondente às expectativas sociais.

No que tange a justiça de transição propriamente dita, uma vez vislumbradas as deficiências do Direito Penal do inimigo, sendo este trabalhado para que ganhe enfoque nos Direitos Humanos e na função social da pena, juntamente com o contexto de cada Estado, é possível construí-la de maneira crítica. Para isso, ainda que seja um processo recente, é preciso perceber posturas que não podem ser repetidas.

A de maior destaque entre essas posturas é a falta de harmonia entre os quatro pilares da justiça de transição: memória e verdade, justiça, reparação e reformas institucionais. O

desequilíbrio entre eles impede que a conclusão do processo seja satisfatória, ou seja, deixa margens para a impunidade, o esquecimento e a perpetuação das violações e das injustiças por meio das vítimas que sobreviveram, bem como dos parentes das vítimas fatais.

Portanto, é necessário que a justiça de transição trace planos mais críticos aos contextos que a influenciam e às suas recentes experiências. Dessa forma, o caminho em direção ao alcance de seus tão nobres e almejados objetivos será buscar estratégias, em seus próprios mecanismos e na influência externa, para reconstruir um equilíbrio entre os pilares de Memória e Verdade, Justiça, Reparação e Reformas Institucionais, de modo a efetivar as garantias de não repetição através da construção de uma estrutura de forma a evitar novas rupturas antidemocráticas.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Gabriel Rojas. Hacia una definición de impunidad en el modelo de justicia transicional en Colombia: La necesidad de participación, prevención, comunicación y negociación en la institución social del castigo. Manuscrito. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016.

BELLO, Enzo. *Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-227.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes da Ditadura Militar. Brasília: MPF, 2017, p. 228-315.

BIDNIUK, Gabriela da Rosa. *Justiça de Transição no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11164> Acesso em 18 de novembro de 2016.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLLANDA, Cristina Buarque de; BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, Luciana. *Justiça de Transição e Direitos Humanos na América Latina e na África do Sul*. Disponível em: <<http://www.ladih.org/wordpress/wp-content/uploads/2010/10/justi+%C2%BAa-de-transi+%C2%BAo-e-direitos-humanos-oabrij.pdf>> Acesso em 18 de novembro de 2016.

OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Brasília, 2016, p. 54-71.

TEITEL, Ruti. “Genealogia Da Justiça Transicional,” In Manual de Justiça de Transição para a América Latina, edited by F. Reátegui, Brasília, Nova Iorque: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.