

Universidade de Brasília
Instituto de Relações Internacionais
Mestrado em Relações Internacionais

**O REGIME DE REPARAÇÕES DO ESTATUTO DE ROMA E O FUNDO
FIDUCIÁRIO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: AS VÍTIMAS COMO
FOCO DA NOVA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.**

Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos.

Brasília
2008

Universidade de Brasília
Instituto de Relações Internacionais
Mestrado em Relações Internacionais

**O REGIME DE REPARAÇÕES DO ESTATUTO DE ROMA E O FUNDO
FIDUCIÁRIO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: AS VÍTIMAS COMO
FOCO DA NOVA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.**

Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos.

Dissertação apresentada no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais.

**Orientador: Prof. Dr. Antônio Augusto
Cançado Trindade.**

**Brasília
2008**

AGRADECIMENTOS

Alguns agradecimentos devem ser feitos a determinadas pessoas, sem as quais este trabalho dificilmente teria sido finalizado. Em primeiro lugar, quero agradecer ao Professor Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade não apenas pela orientação acadêmica ao longo do meu Mestrado em Relações Internacionais e da elaboração da presente dissertação, mas também pelo real e efetivo exemplo de humanismo no ensino e na aplicação do direito internacional dos direitos humanos como juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Também gostaria de agradecer à Professora Doutora Ana Flávia Barros Platiau pela oportunidade de auxiliá-la nas aulas de Organizações Internacionais para graduação de Relações Internacionais da UnB, período que certamente foi fundamental na minha preparação para a carreira como professor universitário. Ainda no campo acadêmico, gostaria de agradecer à Juíza Elizabeth Odio-Benito, do Tribunal Penal Internacional, pelos ricos debates acerca dos interesses e direitos das vítimas na nova justiça penal internacionais.

Minha família também foi de importância fundamental para a elaboração do presente trabalho. A meus pais, Francisco e Themis, agradeço por todo o amor e apoio incondicionais dados ao longo desses últimos dois anos. Os dois também são exemplos que eu busco seguir em função dos anos dedicados ao ensino na rede universitária pública e, no caso específico da minha mãe, ao trabalho no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Ao meu irmão, Pedro, e à minha cunhada, Sandra, muito obrigado pelo porto seguro oferecido em meio ao Planalto Central, pelas diversas vezes em que me ajudaram tanto durante a minha estada em Brasília quanto no meu retorno a Porto Alegre e pela honra de me convidarem para ser o padrinho de sua filha, Joana.

Por fim, um agradecimento especial será feito à Aline Baldissera, meu amor, pelo carinho, paciência, dedicação e estímulo inestimáveis que recebi e venho recebendo todos os dias da minha vida. Acima de tudo, esta dissertação é para ti, por tudo que tu pensas, dizes, fazes e és.

RESUMO

A dissertação descreve a evolução da justiça penal internacional até a criação do regime de reparações do Tribunal Penal Internacional e do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares, e procura identificar eventuais contribuições de outros órgãos internacionais de direitos humanos para o contínuo desenvolvimento desse regime de reparações. Atenção especial é dada à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações e às diferentes etapas do processo de negociação do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Reparações a vítimas de crimes internacionais.

ABSTRACT

The dissertation describes the evolution of international criminal justice until the creation of reparations regime of the International Criminal Court and of the Trust Fund for the Benefit of Victims and their Families, and seeks to identify eventual contributions from other international human rights organs for the continued development of the reparations regime. Emphasis is given to the Inter-American Court of Human Rights' decisions on reparations and to the different phases of the negotiation process of the International Criminal Court.

Keywords: International Criminal Law. International Human Rights Law. Reparations to victims of international crimes.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	1
2 – “HUMANIZAÇÃO” E EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL....	4
2.1 – <u>Conceitos básicos</u>	5
2.1.1 – “ <i>Crimes Internacionais</i> ”.....	5
2.1.2 – “ <i>Direito Penal Internacional</i> ”.....	8
2.1.3 – “ <i>Justiça Penal internacional</i> ”.....	9
2.2 – <u>O papel de uma justiça penal internacional</u>	9
2.2.1 – <i>Justiça retributiva e justiça restaurativa</i>	11
2.2.2 – “ <i>A Humanização da Justiça Penal Internacional</i> ”.....	12
2.3 – <u>A evolução da justiça penal internacional</u>	15
2.3.1 – <i>Os primeiros esforços para uma justiça penal internacional: a Primeira Guerra Mundial e o Tratado de Versalhes de 1919</i>	16
2.3.2 – <i>A Segunda Guerra Mundial e os tribunais militares</i>	20
2.3.3 – <i>Os tratados internacionais pós-Segunda Guerra Mundial e o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU</i>	31
2.3.4 – <i>Os tribunais ad hoc da Ex-Iugoslávia e de Ruanda</i>	34
3 – A REPARAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	40
3.1 – <u>O conceito de reparação no Direito Internacional</u>	40
3.1.1 – <i>A reparação nas perspectivas de uma relação inter-estatal e de uma relação entre indivíduo e Estado</i>	41
3.1.2 – <i>Os conceitos de “vítima” e “dano” no direito internacional</i>	43
3.1.3 – <i>A reparação como gênero</i>	44
3.2 – <u>O direito a reparação em tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos</u> ...49	
3.2.1 – <i>A Carta Internacional de Direitos Humanos</i>	50

3.2.2 – <i>Convenções de direitos humanos do sistema ONU e de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos</i>	52
3.2.3 – <i>Os Princípios Básicos do Direito à Reparação das Vítimas de Violações de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário</i>	55
3.3 – <u>A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações às vítimas</u>	63
3.3.1 – <i>O Caso Velásquez Rodriguez</i>	64
3.3.2 – <i>O Caso Aloeboetoe</i>	67
3.3.3 – <i>O Caso Loayza Tamayo</i>	71
3.3.4 – <i>O Caso Massacre de Plan de Sánchez</i>	76
4 – A REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS COMO FOCO DA NOVA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: O REGIME DE REPARAÇÕES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CRIAÇÃO DO FUNDO FIDUCIÁRIO EM BENEFÍCIO DAS VÍTIMAS E SEUS FAMILIARES	82
4.1 – <u>A reparação às vítimas e o Fundo Fiduciário nas discussões anteriores ao Tribunal Penal Internacional: do Projeto da Comissão de Direito Internacional à criação do Tribunal</u>	83
4.1.1 – <i>As propostas iniciais quanto a reparações no Tribunal Penal Internacional e o artigo 75 do Estatuto de Roma</i>	84
4.1.2 – <i>As propostas iniciais quanto a um fundo em benefício das vítimas e o artigo 79 do Estatuto de Roma</i>	93
4.2 – <u>A criação do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares</u>	98
4.2.1 – <i>Estrutura organizacional do Fundo Fiduciário</i>	98
4.2.2 – <i>Recursos do Fundo: apreensões de bens, reserva de valores para reparações determinadas pelo Tribunal e doações voluntárias</i>	100
4.2.3 – <i>As atribuições do Fundo: o caráter subsidiário ao TPI em matéria de reparações e a “cláusula do benefício”</i>	105
4.3 – <u>Desafios e Possibilidades para o Fundo: contribuições de órgãos e iniciativas voltados às vítimas</u>	112
4.3.1 – <i>O Fundo Fiduciário frente ao Tribunal Penal Internacional</i>	113

<i>4.3.2 – A implementação das reparações e o Fundo Fiduciário.....</i>	<i>117</i>
<i>4.3.3 – Modelos e subsídios para o regime de reparações e para as iniciativas em benefício de vítimas.....</i>	<i>121</i>
5 – CONCLUSÃO.....	125
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

1 – INTRODUÇÃO.

Dizer que o direito se preocupa com o “dever-ser” e que a ciência política e as relações internacionais se preocupam com o “ser” não é original, pelo contrário, é um dos chavões mais indiscriminadamente repetidos nos debates acadêmicos comuns a essas áreas do conhecimento. Porém, como todo chavão ou clichê, tais afirmações possuem tanto uma dimensão real quanto uma imaginada, ainda mais quando transpostas para a dimensão dos fenômenos internacionais.

O direito internacional é notório alvo de críticas advindas do próprio “mundo do direito” quanto a sua falta de efetividade e virtual inexistência ante a realidade internacional, em que regras consideradas fundamentais seriam flagrantemente desrespeitadas sem as menores conseqüências para seus responsáveis. Há os que argumentam que esse aparente descaso pelas normas internacionais ocorre em virtude da sua falta de adequação à realidade internacional, seja por estarem as mesmas defasadas em relação aos fatos ou por serem demasiado inovadores em determinadas áreas de interesse internacional.

Outros defendem a tese de que o direito internacional não é efetivo por não dispor de ferramentas de coerção para fazer com que os sujeitos de direito internacional, notadamente os Estados, ajam de acordo com as regras estabelecidas e respeitem as decisões de tribunais e demais órgãos internacionais. Faltaria ao direito internacional a dimensão que Hans Kelsen considerava fundamental para que determinado sistema se considerasse jurídico, a sanção prevista na própria norma por ocasião de sua violação.¹

Ora, uma vez tratando-se o direito de um ramo do conhecimento de natureza prescritiva, que determina comportamentos, ele não pode ser apenas um mero reflexo da realidade, ainda mais quando os fatos aos quais se aplicam as normas jurídicas em questão mostram-se contrários aos valores sociais e morais que a referida ordem jurídica pretende defender e manter. Logo, ao mesmo tempo em que o direito deve estar de acordo com a realidade existente, com o “ser”, ele também deve almejar alterá-la naquilo em que for preciso, objetivando orientar o comportamento dos sujeitos tendo em vista os valores que informam as normas jurídicas, o chamado “dever-ser”. Nesse sentido, cabe aqui mencionar Edward H. Carr e uma reflexão sua não sobre o direito, mas sobre a ciência política:

¹ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949, pp. 207-210.

Todo julgamento político ajuda a modificar os fatos a que se refere. O pensamento político é, ele mesmo, uma forma de ação política. A ciência política não é apenas a ciência do que é, mas do que deveria ser.²

Logo, a ciência política e, conseqüentemente, as relações internacionais têm uma dimensão prescritiva e não apenas descritiva da realidade, e, tal qual o direito, notadamente o direito internacional, devem usar essa dimensão prescritiva na sua plenitude e não apenas adotar uma postura de resignação estóica ante a realidade e simplesmente adaptar-se ao que lhe é apresentado.³ Dessa forma, a real integração entre direito e relações internacionais ocorre não quando aquele se submete às exigências de uma aparente realidade, mas quando ambos se unem em um esforço de alterá-la naquilo em que for possível e necessário.⁴ Dois exemplos claros do sucesso desse esforço são a consagração do direito internacional dos direitos humanos e, recentemente, a criação do Tribunal Penal Internacional e do seu regime de reparações a vítimas de crimes internacionais, objeto central da presente dissertação.

Os dois fenômenos mencionados não poderiam ser concebidos em uma visão clássica de realismo político, pois, entre outros fatores, afetariam diretamente a soberania dos Estados e, portanto, teriam sua existência ameaçada ou até mesmo impedida por atores internacionais de poder hegemônico, como, por exemplo, os Estados Unidos. Contudo, a consagração do direito internacional dos direitos humanos a partir da década de 1940, o fim do colonialismo europeu, a partir da década de 1950 e, acima de tudo, a independência do ser humano em relação ao Estado são realizações sensíveis e inegáveis, mesmo por quem ainda se filie ao realismo político teoria explicativa da política internacional. O Direito Internacional da Humanidade (ou “A Humanização do Direito Internacional”) seria, então, o “anti-Realismo”,⁵ a negação da dogmática da força nas relações internacionais e a consagração da dignidade da pessoa humana como fonte material e informativa do fenômeno jurídico internacional. Como será argumentado nos capítulos seguintes, o advento do Tribunal Penal Internacional e sua conseqüente preocupação com as vítimas dos crimes internacionais sob sua jurisdição é o ponto alto de um processo específico de “humanização da justiça penal internacional”.

² CARR, Edward H. *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 2001, p. 7.

³ MORGENTHAU, Hans J. *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*. 3ª ed, Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1966, pp. 275-310.

⁴ VAN BOVEN, Theo. “Rendering Justice to Victims: A Case for Reparations”. GENUGTEN, W., BALLIN, E., DE JONGE, E., KOOJIMANS, P (ed.). *Realism and Moralism in International Relations: Essays in Honor of Frans A. M. Alting von Gessau*. Haia: Kluwer, 1999, p. 197.

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *General Course on Public International Law – International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. v. I, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, pp. 79-84.

Para tanto, a divisão e a organização do presente trabalho se dará da seguinte forma: o primeiro capítulo é dedicado à conceituação da justiça penal internacional e à descrição do seu desenvolvimento e processo de humanização, que culmina com a criação do Tribunal Penal Internacional; o segundo capítulo trata sobre a reparação no direito internacional para vítimas de violações de direitos humanos, focando nos tratados e documentos internacionais que consagram a matéria e o desenvolvimento levado a cabo pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; o terceiro capítulo descreve e analisa o processo de negociação para a criação do Tribunal Penal Internacional, como foco no regime de reparações do Estatuto de Roma e no Fundo Fiduciário em Benefício das vítimas; por fim, na conclusão serão recapituladas as idéias de cada capítulo e analisado o argumento inicial de que o regime de reparações do Tribunal Penal Internacional é o ápice do processo de humanização da justiça penal internacional.

2 – “HUMANIZAÇÃO” E EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.

A adoção do Estatuto de Roma em 1º de julho de 2002 e a conseqüente criação do Tribunal Penal Internacional (“TPI” ou, simplesmente, “Tribunal”), em Haia, na Holanda, pode ser considerada o ponto mais alto alcançado na trajetória da responsabilização penal

individual de criminosos internacionais. Pode-se até mesmo afirmar que esse Tribunal é uma das instituições internacionais mais inovadoras desde a própria criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, por diversos motivos, como, por exemplo, o fato de ser o primeiro tribunal penal internacional permanente e independente dos Estados que o criaram, com o poder de julgar chefes de Estado ainda em exercício de seus cargos por crimes internacionais, como o genocídio, e a possibilidade de exercer jurisdição sobre casos em que os tribunais nacionais não têm condição ou intenção de julgar um suposto criminoso. Contudo, uma das inovações mais dignas de nota é a capacidade do Tribunal determinar que reparações sejam implementadas em favor das vítimas dos crimes internacionais, seja diretamente pelos indivíduos condenados por tais crimes, seja por intermédio de um Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares.

Contudo, até chegar à criação de um regime de reparações às vítimas,⁶ a justiça penal internacional trilhou um longo caminho, que incluiu, entre outros elementos, a criação de tribunais, de comissões de investigação de crimes internacionais e de projetos de tratados internacionais criminalizando determinadas condutas. O que se pretende demonstrar ao longo do presente capítulo é que a evolução da justiça penal internacional tem sido não apenas no sentido de garantir um fim à impunidade de criminosos internacionais, mas também para garantir às vítimas desses criminosos um papel de maior importância no processo judicial e, acima de tudo, para possibilitar o acesso às reparações devidas pelos danos sofridos em virtude desses crimes. Essa dimensão da justiça penal internacional voltada aos interesses e direitos das vítimas é o que será denominado de “humanização da justiça penal internacional”, que será explicada a seguir, e será o marco teórico-interpretativo utilizado no decorrer da dissertação.

Cumprido agora identificar alguns dos conceitos básicos que serão utilizados no presente capítulo e fazer uma breve análise de quais são os elementos constitutivos de uma justiça penal internacional e os argumentos que justificam a sua adoção como uma ferramenta de combate à impunidade de criminosos internacionais e de manutenção da paz em territórios vitimados por conflitos civis e militares de dimensão nacional ou internacional. Feita essa análise, proceder-se-á ao exame da evolução da justiça penal internacional no século XX,

⁶ O uso da expressão “regime de reparações” ao longo da presente dissertação não deve ser interpretado como uma aplicação da teoria dos regimes internacionais, apesar de seu uso freqüente por autores que transitam entre os campos do direito e das relações internacionais. Tal expressão deve ser entendida como descrevendo um sistema em evolução criado pelo Estatuto de Roma para atender às necessidades das vítimas de crimes internacionais. Para um estudo interessante propondo um “regime internacional de normas humanitárias sobre atrocidades”, Cf. RUDOLPH, Christopher. “Constructing and Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, in *International Organization*, v. 55, n. 3, verão/2001, pp. 655-691.

tendo sempre em vista a atenção dispensada aos interesses e direitos das vítimas ao longo do processo, culminando na criação do TPI, do regime de reparações do Estatuto de Roma e do Fundo Fiduciário.

2.1 – Conceitos básicos.

Alguns conceitos que serão utilizados no decorrer do presente capítulo devem ser explicitados e descritos detalhadamente para uma melhor compreensão do texto. Outros conceitos, como os de “reparação” e “vítima”, serão descritos no capítulo seguinte que trata especialmente da reparação a vítimas no direito internacional. No presente momento, cabe definir os conceitos de “crimes internacionais”, “direito penal internacional” e “justiça penal internacional”. É necessário salientar que, ainda que as definições a seguir descritas tenham base na doutrina e jurisprudência internacional, os conceitos aqui mencionados não se pretendem definitivos ou absolutos, visando apenas a maior compreensão das idéias desenvolvidas ao longo do capítulo.

2.1.1 – “*Crimes Internacionais*”.

“Crimes internacionais” podem ser definidos como aquelas condutas universalmente reconhecidas como criminosas, de preocupação internacional e que, por alguma razão válida, não podem ser deixadas exclusivamente sob a jurisdição do Estado que, em circunstâncias normais, exerceria seu controle,⁷ sendo que, dado o interesse universal na sua repressão, qualquer Estado poderia processar um indivíduo acusado de cometê-los, bem como uma jurisdição internacional que tenha sido criada especificamente para esse fim.⁸ Outro elemento importante para essa definição é o fato de serem crimes para as quais as vítimas mais têm dificuldade de obter reparações, principalmente devido ao fato desses crimes muitas vezes envolverem chefes de Estado e de governo e toda a participação da estrutura de poder vigente,

⁷ KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3.

⁸ CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 436.

muitas vezes impossibilitando o acesso das vítimas à justiça.⁹ As seguintes condutas podem ser incluídas no rol dos crimes internacionais: crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio, crime de agressão e terrorismo. Outras condutas, como pirataria e escravidão, também podem ser consideradas crimes internacionais, bem como o tráfico de drogas internacional.¹⁰

Contudo, para os fins do presente trabalho, serão considerados crimes internacionais aqueles constantes no Estatuto de Roma do TPI, ou seja, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de genocídio, pois hoje o Estatuto de Roma representa a mais atualizada manifestação da comunidade internacional sobre quais os crimes internacionais de maior impacto e necessidade de prevenção e punição.¹¹ Segundo o Estatuto, o crime de genocídio ocorre quando determinados atos são praticados com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, consistindo tais atos em assassinar de membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.¹² Tal definição já constava idêntica na Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 e tem sido interpretada e desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda.¹³

Já os crimes contra a humanidade são determinados atos praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil consciente desse ataque, sendo que tais atos incluem homicídio, escravidão de membros da população civil, tortura e violência sexual, entre outros,¹⁴ não havendo qualquer referência à necessidade dessas condutas ocorrerem no âmbito de um conflito armado internacional, o que claramente diferencia essa categoria de crimes dos crimes de guerra.¹⁵ Por fim, para o Estatuto, os crimes

⁹ BOTTIGLIERO, Ilaria. *Redress for Victims of Crime Under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, pp. 7-9.

¹⁰ Cf. CASSESE, *International Law*, pp. 437-450.

¹¹ BOTTIGLIERO, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹² Art. 6, Estatuto de Roma.

¹³ SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, pp. 36-40.

¹⁴ Art. 7, Estatuto de Roma.

¹⁵ SUNGA, Lyal S., “A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal”, in CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (ed.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 202-208.

de guerra são aqueles atos cometidos como parte de um plano ou política de grande escala que consistem em graves violações às Convenções de Genebra de 1949, quando praticados contra indivíduos ou bens protegidos pelas disposições da Convenção pertinente, tais atos incluindo homicídio, tratamento cruel e degradante a prisioneiros de guerra e ataques armados a cidades, aldeias, povoados ou prédios indefesos e que não sejam objetivos militares no âmbito de um conflito armado, entre diversos outros atos listados pelo Estatuto¹⁶ e pelas Convenções de Genebra.¹⁷

Logo, uma vez analisados os crimes sobre os quais o TPI pode exercer jurisdição, que incluem o deslocamento forçado de pessoas, atos de violência sexual e ataques armados a cidades que não se constituem em alvos militares, percebe-se que o Estatuto de Roma colabora para a consagração das três vertentes de proteção internacional da pessoa humana, composta pelo direito internacional dos direitos humanos, pelo direito internacional humanitário e pelo direito dos refugiados.¹⁸ A presença das três vertentes no próprio Estatuto do TPI evidencia não só a sua complementaridade e interação, mas principalmente a possibilidade de aplicação simultânea das mesmas,¹⁹ que não só aumentaria a proteção internacional da pessoa humana, como também a efetividade da justiça penal internacional.

Por fim, o crime de agressão, previsto como uma das condutas sobre as quais o TPI pode exercer jurisdição, ainda não foi definido, estando prevista uma conferência de revisão da Assembléia Geral dos Estados-parte do TPI para 2009 ou 2010, com o objetivo de adotar uma definição. No momento, as propostas existentes de crime de agressão tratam, na sua maioria, da responsabilização penal individual de um indivíduo responsável por iniciar uma guerra de agressão, conforme definição elaborada e aprovada consensualmente pela Assembléia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1974 por meio da resolução 3314,²⁰ que, em termos gerais, classifica a agressão como o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou qualquer uso

¹⁶ Art. 8, Estatuto de Roma.

¹⁷ SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiří. *Droit des Conflits Armés*. Genebra: Comité International de La Croix-Rouge, 1996, pp. 515-579.

¹⁸ RAIZMAN, Daniel Andrés, “O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva”, in JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 35-40.

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. I, pp. 275-284.

²⁰ Resolução 3314, UN Doc. A/9615 (1974).

da força que seja inconsistente com a Carta das Nações Unidas, cabendo ao Conselho de Segurança da ONU a determinação quais atos podem ser considerados como de agressão.²¹

2.1.2 – “Direito penal Internacional”.

O conceito de “direito penal internacional” pode ser definido da seguinte forma, para os fins do presente trabalho:

(...) disciplina jurídica que procura interpretar as disposições legais que definem os crimes internacionais e as respectivas penas; também as regras sobre aplicação extraterritorial do direito penal interno; imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; regras de cooperação penal internacional em todos os seus níveis; transferências internacionais de pessoas ou processos; extradição; execução de sentenças penais estrangeiras; estabelecimento de tribunais penais internacional ou regionais e qualquer tipo de problema criminal que possa surgir no âmbito internacional.²²

Em outras palavras, é o ramo do direito que trata dos crimes internacionais, distinguindo-se, portanto, do direito internacional dos direitos humanos, pois não trata de quaisquer violações de direitos humanos, mas sim o que o Estatuto de Roma considera “os mais graves crimes de interesse da comunidade internacional como um todo”.²³ Uma violação à liberdade de expressão do indivíduo por meio da censura de um regime ditatorial, por exemplo, é uma clara violação a diversos documentos de direitos humanos, mas não é de uma natureza tão grave que exija seu tratamento pelo direito penal internacional. Já se o referido regime ditatorial usa da força contra a população para violar sua liberdade de expressão, a conduta em questão pode ser tratado como crime internacional, como nos diversos casos envolvendo tortura e desaparecimentos nos regimes militares na América Latina durante as décadas de 1960, 1970 e 1980.²⁴

2.1.3 – “Justiça penal internacional”.

²¹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. São Paulo: Manole, 2004, pp. 161-182.

²² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 16.

²³ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 3-4.

²⁴ PINTO, Mónica. *L'Amérique latine et le traitement des violations massives de droits de l'Homme – Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Cours e Travaux n° 7*. Paris: A. Pedone, 2007, pp. 18-24 e 40-44.

Já a “justiça penal internacional” pode ser definida como o sistema encarregado da interpretação, aplicação e desenvolvimento do direito penal internacional por meio de uma jurisdição especialmente designada para cumprir esse papel. Logo, o conceito de justiça penal internacional pressupõe a existência de órgãos investigativos e jurisdicionais que existam independentemente dos Estados que colaboraram para sua criação.²⁵ Ademais, essa justiça penal internacional existe concomitantemente aos sistemas nacionais de justiça penal, muitas vezes compartilhando com eles tanto a jurisdição sobre crimes internacionais quanto a responsabilidade pelo desenvolvimento do direito internacional.²⁶ Como será demonstrada a seguir, a justiça penal internacional também tem passado por um claro processo de evolução não só no que diz respeito à estrutura dos órgãos jurisdicionais ou aos tratados e convenções internacionais que codificam o direito penal internacional, mas, principalmente, na maior preocupação com os interesses e direitos das vítimas no processo penal internacional.

2.2 – O papel de uma justiça penal internacional.

Segundo Antonio Cassese, ex-presidente do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia e um dos maiores especialistas em direito penal internacional, a justiça penal internacional é uma alternativa imperfeita, porém necessária aos mecanismos existentes destinados a fazer valer as normas contra crimes de guerra e crimes contra a humanidade, notadamente as operações de manutenção de paz e sanções de Estados e organizações internacionais. Cassese enumerou cinco atributos fundamentais para justificar o desenvolvimento e a aplicação da justiça penal internacional: a) justiça para as vítimas; b) reconciliação; c) estabelecimento da verdade; d) imposição da regra de direito; e e) dissuasão.²⁷ Cassese também afirma que um maior interesse pela consagração da justiça penal

²⁵ CASSESE, *International Law*, p. 453.

²⁶ Nesse sentido, processos judiciais ocorridos em âmbito nacional podem ajudar para o desenvolvimento do direito penal internacional, como foram os casos de Adolf Eichmann, julgado e condenado em 1961, em Israel, por crimes cometidos contra o povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial, e de Augusto Pinochet, que em 1999 teve analisado pela Câmara dos Lordes da Inglaterra um pedido de extradição da Espanha em razão de crimes contra a humanidade ocorridos durante seu regime ditatorial no Chile, de 1973 a 1990. Cf. KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 38-42.

²⁷ Discurso proferido em 13 de novembro de 2000 na London School of Economics and Political Science, apud LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe, “Introduction”, in LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (ed.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing: Oxford, 2006, p. 18.

internacional surgiu na década de 1990, principalmente em virtude de dois motivos. Em primeiro lugar, o fim da Guerra Fria serviu para acabar com inúmeras rivalidades e desconfianças mútuas entre os Estados e, também, para disseminar certos princípios e regras do direito internacional entre esses mesmos Estados. Paradoxalmente, o fim da Guerra Fria também trouxe como resultado o aumento no número de conflitos internacionais de cunho étnico e nacionalista e, com eles, a ocorrência massiva de graves violações de direito internacional humanitário comparáveis às ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Em segundo lugar, durante a década de 1990 o direito internacional dos direitos humanos cresceu em força e em importância e, com ele, a consciência de que os crimes internacionais deveriam ser reprimidos e punidos e as vítimas, quando possível, deveriam ter seus danos reparados.²⁸

Fazendo uso da classificação inicial desenvolvida por Cassese, Mark Lattimer e Philippe Sands conseguiram identificar oito justificativas para a existência de uma justiça penal internacional: a) proporcionar justiça para as vítimas; b) estabelecer a verdade para reconciliação; c) proporcionar uma alternativa à vingança; d) distinguir a responsabilidade individual da coletiva; e) retirar os criminosos do poder; f) dissuadir a ocorrência de novos crimes; g) fazer valer a regra de direito; e h) preencher a lacuna existente entre o desenvolvimento das regras de direitos humanos e direito internacional humanitário e os mecanismos de exigibilidade do cumprimento dessas regras. Por fim, os autores dividem essas justificativas em três grupos: *reparação*, *retribuição* e *prevenção*.²⁹ Essas podem ser consideradas as três dimensões da nova justiça penal internacional, pois a preocupação não recai somente na punição aos responsáveis individuais, mas também na recuperação das vítimas e na prevenção de futuros delitos. Para melhor entender a interação entre essas dimensões, é necessário agora passar a um rápido exame dos conceitos de justiça retributiva e justiça restaurativa, novas bases da justiça penal internacional.

2.2.1 – *Justiça retributiva e justiça restaurativa.*

A idéia de proporcionar justiça para vítimas de crimes internacionais pode ter duas dimensões: por um lado, proporcionar justiça às vítimas de crimes internacionais significa

²⁸ CASSESE, *International Law*, pp. 453-455. Sobre a força dos direitos humanos na década de 1990, especialmente durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, Cf. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, pp. 155-207.

²⁹ LATTIMER; SANDS, op. cit., pp. 19-22.

levar a julgamento os responsáveis por tais crimes, usando sua eventual condenação como exemplo e elemento de dissuasão para condutas futuras, tratando-se, portanto, de uma *retribuição* à conduta criminosa; por outro lado, proporcionar justiça às vítimas também significa preocupar-se com os danos causados a elas como consequência dos crimes e tentar achar maneira de aliviar seu sofrimento e, quando possível, fazer com que a situação volte a ser como era antes da ocorrência da conduta criminosa, o que se constitui numa tentativa de *restauração* da situação da vítima. A chamada justiça retributiva é a que impera na maioria dos sistemas nacionais de direito penal, e, conseqüentemente, é também o modelo utilizado pelos tribunais penais internacionais anteriores ao Estatuto de Roma, como o tribunal de Nuremberg e os tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda.³⁰ Contudo, a aplicação de uma justiça meramente retributiva, com a condenação e punição do criminoso sendo buscada como objetivo último, muitas vezes não conduz à paz em uma área devastada pelo conflito e, mais importante, muitas vezes não traz às vítimas a *sensação de justiça*, o sentimento de que seus anseios e desejos foram atendidos. Ainda que a retribuição seja um aspecto importante, a justiça penal internacional não deve se esgotar apenas na punição dos criminosos.³¹

Já a justiça restaurativa tem como metas a reconciliação, a reparação e a reabilitação das vítimas, muitas vezes com o uso do perdão e das desculpas como ferramentas de reconciliação entre vítima e agressor. No caso da justiça restaurativa, o mais importante é que a vítima tem participação ativa e central no processo de reconciliação, e não apenas o crime ou o responsável pela conduta. Por ter seu foco na reconciliação, a justiça restaurativa se assemelha muito à justiça transicional, um modelo já aplicado várias vezes em países passando por um intenso período de transição, visando a reconciliação nacional por meio das “comissões da verdade e da reconciliação”,³² em que muitas vezes o processo penal é substituído pelo perdão aos acusados em troca de informações valiosas às vítimas, como, por exemplo, o destino que levaram certos familiares desaparecidos durante determinado conflito ou regime ditatorial.³³ O advento do TPI, que prevê tanto longas penas de prisão aos condenados quanto a possibilidade das vítimas participarem ativamente do processo e fazerem

³⁰ BOTTIGLIERO, op. cit., p. 34.

³¹ DRUMBL, Mark A. *Atrocity, Punishment, and International Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007, pp. 147-160.

³² MANI, Rama, “Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing ‘Reparative Justice’ in the Aftermath of Violent Conflict”, in DE FEYTER, K., PERMENTIER, S., BOSSUYT, M. e LEMMENS, P. (ed.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 53-63.

³³ PINTO, op. cit., pp. 5-15.

pedidos de reparações é uma prova de que essas duas dimensões da justiça penal internacional são complementares, devendo ser encontrado um equilíbrio entre as necessidades de punir os responsáveis pelas condutas criminosas e de reabilitar as vítimas de tais crimes, tendo como objetivo final a reconciliação, a reparação e a restauração da sociedade maculada pelas atrocidades cometidas.³⁴ Logo, adotando as dimensões da *reparação* e da *retribuição* a justiça penal internacional poderá contribuir para a efetiva *prevenção* dos crimes internacionais,³⁵ dessa forma exercendo seu papel de dissuasão de condutas criminosas futuras. Essa atenção maior dada pela justiça penal internacional aos interesses e anseios das vítimas é, ainda, o principal elemento do processo de “humanização da justiça penal internacional”, que será abordado agora.

2.2.2 – “A Humanização da Justiça Penal Internacional”.

A noção de “humanização do direito internacional”, ou de um “direito internacional para a humanidade”, foi desenvolvida por Antônio Augusto Cançado Trindade para demonstrar um processo de retorno do direito internacional puramente inter-estatal para as bases de um *jus gentium* universalista, aplicável também às relações entre os indivíduos, e consagrado pelo trabalho dos fundadores do direito internacional, como Hugo Grócio e Francisco de Vitória. Essa humanização é demonstrada pela própria evolução do direito internacional ao longo do século XX, especialmente na consagração do direito internacional dos direitos humanos e do direito ambiental internacional,³⁶ mas também em diversos ramos do direito internacional, desde o direito diplomático e consular até a responsabilidade dos Estados por atos contrários ao direito internacional.³⁷

Ademais, desde a “reconstrução” da idéia de dignidade da pessoa humana³⁸ e da conseqüente consagração do direito internacional dos direitos humanos ao fim da Segunda

³⁴ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 35-37.

³⁵ DRUMBL, op. cit., pp. 169-173.

³⁶ CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. I., pp. 37-60.

³⁷ Outros autores procuraram analisar o processo de humanização do direito internacional, mas analisando um espectro menos amplo de casos e exemplos dessa humanização e sem o embasamento histórico-filosófico nas obras dos internacionalistas dos séculos XVI e XVII, Cf. MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, pp. 1-29 e 91-185.

³⁸ Para as idéias de “ruptura” e “reconstrução” dos direitos humanos, Cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 117-145.

Guerra Mundial, o ser humano vem gradualmente se tornando não mais apenas o centro gerador do direito internacional, mas o seu foco de tutela e proteção, fazendo com que seja deixada de lado a perspectiva estatocêntrica comumente associada ao direito internacional e se consagre a emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional.³⁹ Essa consagração do ser humano não diz respeito apenas ao direito internacional dos direitos humanos, mas se estende a outros ramos do direito internacional, como, por exemplo, no caso da primazia do direito internacional sobre o uso da força⁴⁰ e da flagrante ilegalidade do uso de armas de destruição em massa.⁴¹

Logo, a idéia central da humanização do direito internacional é de que a dignidade da pessoa humana deve sempre nortear a interpretação do direito internacional em seu estágio atual e, ao mesmo tempo, inspirar a construção de um ordenamento que mais se assemelhe a esse ideal de proteção do ser humano.⁴² Ainda que pareça uma triste ironia que a consagração dessa idéia ocorra em uma época marcada por gravíssimas violações de direitos humanos e por um aparente enfraquecimento dessa normativa,⁴³ o discurso dos direitos humanos ultrapassa o campo da mera retórica para gerar resultados concretos, como diversas decisões nacionais e internacionais responsabilizando Estados por violações de direitos humanos sendo devidamente cumpridas pelos mesmos, em alguns casos desconsiderando a influência e o poder político de determinados Estados.⁴⁴

Para os fins do presente trabalho, o processo internacional de criminalização de graves violações de direitos e a complementaridade entre a responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos e a responsabilização penal internacional do indivíduo podem ser consideradas construções conceituais do direito internacional inspiradas pela consciência jurídica universal, fazendo parte do processo de humanização.⁴⁵ No caso do TPI, sua criação deu um novo ímpeto ao movimento internacional de direitos humanos por se

³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 109-118.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 175-193.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 194-225.

⁴² CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. II, pp. 19-27 e 150-171

⁴³ LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, pp. 205-218.

⁴⁴ Nesse sentido, é fundamental lembrar de recente decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos condenando a conduta do Presidente George W. Bush quanto à manutenção da prisão ilegal de Guantánamo. Sobre as acusações de tortura por parte dos Estados Unidos nas prisões de Guantánamo e Abu Grahیب, Cf. BYERS, Michael. *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007, pp. 159-169.

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. I, pp. 412-420.

concentrar na luta contra a impunidade por violações dos direitos humanos, além de também procurar conferir um tratamento mais digno e eficiente para com as vítimas de atrocidades internacionais, freqüentemente deixadas de lado, ou, quando muito, usadas apenas como argumento numérico para fundamentar a condenação de um combatente militar ou ex-chefe de Estado derrotado.⁴⁶ Contudo, a fim de que essa proposta mais humana do TPI se consagre, é indispensável que se considere do ponto de vista teórico e se adote na prática a humanização do direito internacional como guia na elaboração das decisões desse tribunal e, conseqüentemente, na determinação das reparações devidas às vítimas. Logo, a nova justiça penal internacional se insere perfeitamente no âmbito desse novo *jus gentium*, o direito universal da humanidade,⁴⁷ e pode em muito contribuir, na prática, para a efetiva proteção dos direitos humanos das vítimas de crimes internacionais.

Essa posição é corroborada por Mark Lattimer, para quem a criação do TPI será importante não apenas na responsabilização penal internacional de indivíduos, mas na consagração da normativa internacional dos direitos humanos e na desconsideração dos argumentos da soberania e da “razão de Estado” como justificativas para perpetuar o desrespeito aos direitos humanos e o descaso para os mais graves crimes internacionais.⁴⁸ Logo, assim como no caso mais amplo do direito internacional, a evolução da justiça penal internacional ao longo do século XX demonstra um claro *processo de humanização*, em que as preocupações com as vítimas passam também a ocupar o lugar outrora exclusivo do ímpeto punitivo dos primeiros tribunais penais internacionais.⁴⁹ O restante do presente capítulo será dedicado a identificar esse processo de humanização na evolução da justiça penal internacional, desde o fim da Primeira Guerra Mundial até o advento do TPI no início do século XXI.

2.3 – A evolução da justiça penal internacional.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v. II, pp. 393-399.

⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, *A Humanização*, pp. 383-393.

⁴⁸ LATTIMER, Mark. “Enforcing Human Rights Through International Criminal Law”, LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 405-415.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 45-49.

Ao longo do século XX, diversos exemplos de comissões de investigação e tribunais *ad hoc* para julgar criminosos internacionais podem ser identificados, alguns com impacto maior ou menor no cenário internacional, muitas vezes padecendo da influência de atores políticos internacionais com interesses diversos, perdendo, assim, sua independência e capacidade de ação. Contudo, como será demonstrado ao longo das próximas páginas, houve uma clara evolução na justiça penal internacional desde o fim da Primeira Guerra Mundial, tanto na independência e atuação dos tribunais subseqüentes quanto, principalmente, na atenção maior dada às vítimas de crimes internacionais.

2.3.1 – *Os esforços iniciais para uma justiça penal internacional: a Primeira Guerra Mundial e o Tratado de Versalhes de 1919.*

Uma das primeiras iniciativas para criação de uma justiça penal internacional nasceu de uma proposta de Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, durante as negociações da Convenção de Genebra em 1864, relativa ao tratamento dos feridos em períodos de guerra, consistindo tal proposta na possibilidade de punição de violações especialmente graves daquela Convenção.⁵⁰ Em 1872, após a Guerra Franco-Prussiana, Moynier propôs a criação de tribunal internacional para a prevenção e punição de violações à Convenção de Genebra de 1864, com competência inclusive para proporcionar indenização às vítimas mediante requisição de um Estado-parte da Convenção.⁵¹ Além disso, Moynier teria insistido no fato de que a obrigação de arcar com a indenização era do indivíduo responsável pelas violações, devendo ter o Estado apenas uma responsabilidade subsidiária de pagar a indenização quando o responsável pelas violações não tivesse condição de fazê-lo.⁵² Contudo, apesar das idéias revolucionárias apresentadas por Moynier, ou talvez justamente em função delas, nenhum tribunal internacional ou comissão investigativa foram criados para averiguar violações à Convenção de 1864, ou qualquer outra convenção internacional de direitos humanos.

⁵⁰ SCHINDLER; TOMAN, op. cit., pp. 341-345.

⁵¹ HALL, Christopher K., “The First Proposal for a Permanent International Criminal Court”, *International Review of the Red Cross*, n. 322, 1998, pp. 57-74.

⁵² BOTIGLIERO, op. cit., pp. 193-194.

Na verdade, a primeira comissão internacional de investigação foi criada ao fim da Primeira Guerra Mundial, na Conferência de Paz de Versalhes, em 1919, tendo sido tal Conferência um dos primeiros momentos em que parecia haver uma vontade política internacional, ainda que limitada, para desenvolver uma justiça penal internacional.⁵³ Em Versalhes, os Aliados negociaram tanto a rendição da Alemanha quanto a possibilidade de submeter o Kaiser Guilherme II a um tribunal *ad hoc* para julgá-lo por “uma suprema ofensa contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados”, conforme constava no artigo 227 do Tratado de Versalhes.⁵⁴ O mandato dessa comissão, que foi oficialmente chamada de “Comissão Sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e Aplicação de Penas”, era investigar e elaborar um relatório sobre os atos ocorridos durante a guerra para averiguar a responsabilidade daqueles que iniciaram o conflito e que violaram as leis e costumes da guerra e, se fosse o caso, julgá-los no tribunal a ser criado de acordo com o Tratado de Versalhes.⁵⁵ Em 1920, a Comissão entregou seu relatório com uma lista de 895 supostos criminosos de guerra a serem submetidos ao tribunal que deveria ser criado pelos Aliados. Além desses acusados, a Comissão tentou incluir na lista militares turcos e outros indivíduos por terem cometido “crimes contra as leis da humanidade”, conforme o constante na “Cláusula Martens”,⁵⁶ preâmbulo às Convenções de Haia de 1899 e 1907, o que gerou oposição de países como Estados Unidos e Japão, que alegaram ser o dever a Comissão tratar da investigação de violações das leis e costumes da guerra, não de violações das alegadas “leis da humanidade”, que sequer haviam sido codificadas nas Convenções de Haia.⁵⁷

Contudo, segundo Bassiouni, a oposição de diversos Aliados à inclusão de militares turcos na lista de alegados criminosos de guerra tem outro motivo possível além da ausência de codificação dos “crimes contra as leis da humanidade”. Tidos como grandes responsáveis pelo primeiro genocídio do século XX, o dos armênios, em 1915, os turcos, por terem controle sobre os Estreitos de Bósforo e Dardanelo e por serem vizinhos à Rússia, eram

⁵³ SCHABAS, *An Introduction*, pp. 2-4.

⁵⁴ Tratado de Paz de Versalhes, de 28 de junho de 1919, art. 227, Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, in *Harvard Human Rights Journal*, v. 10, 1997, pp. 14-15.

⁵⁵ SCHABBAS, *An Introduction*, pp. 4-6.

⁵⁶ Segundo a “Cláusula Martens”, que recebeu esse nome em homenagem ao diplomata e jurista russo que redigiu o seu texto, tanto civis quanto militares deveriam estar “sob a proteção e a autoridade dos princípios do direito das nações, uma vez que eles resultam dos usos consagrados pelas nações civilizadas, das leis da humanidade e dos ditado da consciência pública”. Cf. SCHINDLER; TOMAN, *op. cit.*, pp. 72 e 321-322, Cf. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. I, pp. 190-192.

⁵⁷ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 16-17.

aliados importantes de países como a Inglaterra e a França na sua resistência ao avanço do socialismo, depois da Revolução Bolchevique de 1917. Logo, ao serem incluídos no “fronte ocidental”, os turcos tornaram-se aliados estratégicos que, por razões políticas, não deveriam ser incluídos entre os eventuais criminosos de guerra a serem julgados pelo tribunal *ad hoc* dos Aliados.⁵⁸ Aqui fica evidenciado um dos primeiros defeitos de tribunais transitórios para julgar crimes internacionais, que é a *sua sujeição aos interesses político-estratégicos dos Estados que possibilitam sua criação*, fazendo com que preocupações de ordem política sempre tenham preferência sobre a realização da justiça às vítimas.⁵⁹ Esse fracasso em investigar e processar os militares turcos foi um prenúncio do plano dos Aliados em processar criminosos alemães, especialmente Guilherme II.

Em primeiro lugar, o Tratado de Versalhes não vinculava ao proposto tribunal *ad hoc* a Comissão que investigava os crimes ao disposto nos artigos 228 e 229 do mesmo tratado, que tratavam, respectivamente, da possibilidade dos Aliados julgarem nacionais alemães por crimes de guerra e demais indivíduos por crimes cometidos contra nacionais dos Aliados, sempre perante tribunais militares estabelecidos pelos Aliados.⁶⁰ Criou-se, dessa forma, um vácuo entre a etapa de investigação e etapa de julgamento dos crimes. Logo, se por motivos de ordem política o resultado da investigação não fosse o desejado, como no caso dos militares turcos, não haveria necessidade de usá-las na fase processual, o que demonstra uma segunda dificuldade nesses primeiros esforços de uma justiça penal internacional, que é a *compartimentalização de poderes da justiça penal internacional*, que, por sua vez, leva a uma *ausência de comunicação entre as etapas de investigação e julgamento*, problemas que teriam sido facilmente resolvidos com a criação de um tribunal permanente dotado de uma promotoria própria.⁶¹

Em segundo lugar, a possibilidade de julgamento de Guilherme II, imperador derrotado da Alemanha, segundo o artigo 227 do Tratado de Versalhes, não se concretizou por ter o eventual réu obtido asilo na Holanda, que, à época, tinha como monarca um primo do Kaiser, e pelo fato de a Holanda negar-se a entregar Guilherme II aos Aliados, que sequer formalizaram um pedido de extradição. Ainda que os Aliados tenham alegado que a

⁵⁸ Ibidem, p. 17.

⁵⁹ RATNER, Steven e ABRAMS, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 145-147.

⁶⁰ Tratado de Paz de Versalhes, art. 228 e 229.

⁶¹ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, p. 18.

responsabilidade por não julgar o Kaiser deveria ser da Holanda por não ter aceitado entregar o acusado, dificilmente Guilherme II teria sido de fato julgado, até mesmo pela linguagem do artigo 227, que em nenhum momento define o crime cometido, fazendo apenas menção, como visto anteriormente, à “moralidade internacional” e à “santidade dos tratados”, o que inclusive daria base legal à recusa da Holanda em entregar o Kaiser aos Aliados. Logo, outra grande dificuldade encontrada nessa primeira etapa da justiça penal internacional foi a *ausência de definição clara dos crimes sobre os quais um tribunal internacional poderia exercer jurisdição*, com exceção, é claro, das Convenções de Haia.⁶²

Finalmente, quanto ao disposto no artigo 228, a possibilidade dos Aliados criarem tribunais militares para julgar soldados alemães acusados de crimes de guerra foi imediatamente descartada pela Alemanha, e até mesmo pelos Estados Unidos, que consideravam esse um caso de “justiça dos vencedores” que só viria a ameaçar a estabilidade de uma já vulnerável Alemanha pós-guerra, tendo tais militares e civis sido julgados perante a Suprema Corte da Alemanha por juízes daquele país, em plena República de Weimar, nos chamados “Julgamentos de Leipzig”.⁶³ Para possibilitar o julgamento desses indivíduos, a Alemanha aprovou leis implementando o disposto nos artigos 228 e 229 e assumindo a jurisdição para julgar os indivíduos pelos crimes previstos no Tratado de Versalhes. Contudo, o Procurador-Geral da Suprema Corte, segundo a lei alemã, tinha o direito de decidir quais casos seriam levados a julgamento, devendo os Aliados, portanto, submeter os casos ao Procurador-Geral para que ele pudesse exercer seu direito. O resultado disso foi que, da lista inicial de 895 possíveis criminosos de guerra elaborada pela Comissão, os Aliados submeteram apenas 45 nomes para julgamento, sendo que desses apenas 12 oficiais militares alemães foram condenados pela Suprema Corte.⁶⁴ Os condenados foram, inclusive, tidos por muitos alemães como heróis nacionais e, conseqüentemente, mártires da opressão estrangeira, um fato social que, somado à humilhação imposta à Alemanha principalmente pela França na Conferência de Paz de Versalhes, serviu para aumentar o fervor nacionalista, xenófobo e vingativo da Alemanha para com o resto da Europa, sendo que a função inicial do julgamento de criminosos de guerra era a dissuasão de condutas futuras da mesma natureza.⁶⁵ Logo, outro

⁶² BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 18-19.

⁶³ SCHABBAS, *An Introduction*, pp. 2-5.

⁶⁴ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, p. 20.

⁶⁵ A maior conseqüência desse crescente fervor alemão foi a chegada do Partido Nazista ao poder em 1932, que, juntamente com a falência da Liga das Nações, levou à deflagração da Segunda Guerra Mundial. Sobre o

grande defeito dos esforços para uma justiça penal internacional no pós-Primeira Guerra Mundial foi *o aumento de tensões nacionais e internacionais nos territórios afetados pelo conflito*, quando o principal efeito da justiça deveria ser justamente o contrário, ajudando os países e suas populações a fechar as cicatrizes criadas pela guerra. Em suma, as tentativas dos Aliados de levar possíveis criminosos de guerra à justiça resultaram em um retumbante fracasso, pois em momento algum tentaram criar um sistema de justiça internacional que funcionasse independentemente de considerações políticas dos Estados e que poderia servir de mecanismo de dissuasão de condutas futuras.⁶⁶

Com a criação da Liga das Nações, em 1919, alguns esforços para a elaboração de convenções e a criação de um tribunal internacional devem ser aqui mencionados, ainda que tenham sido infrutíferos. Em 1937, duas convenções foram elaboradas e discutidas no âmbito da Liga, sendo uma para a prevenção do terrorismo e outra para a criação de um tribunal penal internacional. Contudo, a primeira convenção foi ratificada apenas pela Índia e a segunda não contou com a ratificação de nenhum Estado, sendo tais idéias temporariamente abandonadas.⁶⁷ Contudo, restou claro que, no momento oportuno, o julgamento de indivíduos por crimes internacionais seria possível, bastando haver apenas a vontade política dos atores internacionais. O necessário encontro entre o “momento oportuno” e a “vontade política” surge com o fim da Segunda Guerra Mundial e o estabelecimento dos tribunais militares, notadamente os de Nuremberg e Tóquio.

3.3.2 – *A Segunda Guerra Mundial e os tribunais militares.*

Com o final da Segunda Guerra Mundial e a vitória dos Aliados, o próximo passo a ser dado, frente às atrocidades cometidas durante o conflito internacional, era proceder à criação de um tribunal internacional para julgar os criminosos de guerra. Em 1942, quando o conflito ainda se encontrava em andamento, os Aliados assinaram um acordo no Palácio de St. James

ressurgimento da Alemanha e nova ordem internacional às vésperas da Segunda Guerra Mundial, Cf. CARR, op. cit., pp. 287-305.

⁶⁶ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 20-21.

⁶⁷ MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 46-47.

criando a “Comissão das Nações Unidas para Crimes de Guerra”,⁶⁸ que, por sua vez, previa a criação de um tribunal militar internacional para julgar os acusados.⁶⁹ Contudo, uma vez que essa Comissão não possuía estrutura investigativa, condições materiais adequadas ou mesmo orçamento suficiente para levar a cabo suas atribuições de investigação dos crimes, os Estados seriam os responsáveis pela entrega dos relatórios, pois tinham mais condições de obter acesso a documentos e provas dos crimes, especialmente depois de obterem acesso aos campos de concentração na Alemanha e na Europa Ocidental.⁷⁰ E foi justamente quando os Aliados adentraram nos territórios ocupados pela Alemanha que o mundo começou a ter conhecimento da extensão e gravidade das violações cometidas pelos nazistas.

Nesse sentido, é pertinente fazer menção aos relatos de Benjamin Ferencz, jurista norte-americano que atuou como advogado de acusação nos julgamentos de criminosos nazistas e que foi um dos primeiros a ter acesso a documentos de campos de concentração comprovando o genocídio perpetrado na Europa durante a Segunda Guerra Mundial. Como membro das Forças Armadas dos Estados Unidos, entrou nos campos de concentração de Buchenwald e Mauthausen, entre outros, e obteve o maior número de informações e documentos possíveis sobre o tratamento dado aos prisioneiros:

My primary goal was to capture all official camp records, including registries of inmates killed in the camps and the roster of German officers and guards, and have the crimes certified by survivors' affidavits describing their ordeals and naming their torturers. Amid the overwhelming stench of burning skeletons, I was exposed to the filth of dysentery, typhus and other diseases that racked the emaciated bodies of the liberated inmates. I uncovered many mass graves as I followed trails of starving prisoners who had been whipped through the woods by fleeing guards – only to have their brains blown out when they could no longer go on. To keep from going mad, my senses became numbed as my mind built an artificial barrier and refused to be derailed by what my eyes saw. But the trauma was indelible and will remain with me forever.⁷¹

A primeira resposta a essas descobertas foi o estabelecimento do “Tribunal do Exército dos Estados Unidos para Crimes de Guerra”, sediado no campo de concentração de Dachau, perto de Munique, e que consistia basicamente num tribunal militar em que os

⁶⁸ Essa Comissão, apesar do seu nome, não tinha nenhuma relação com a Organização das Nações Unidas, uma vez que esta foi fundada em São Francisco em 1945, tendo sido a expressão “nações unidas” usada para demonstrar um acordo entre os países quanto à necessidade de investigar e julgar crimes de guerra cometidos durante o conflito, Cf. BASSIUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 21-22.

⁶⁹ PIOVESAN, op. cit., pp. 33-34.

⁷⁰ MAIA, op. cit., p. 47.

⁷¹ FERENCZ, Benjamin, “From Nuremberg to Rome: A Personal Account”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 32-33.

acusados, muitas vezes capturados nas vilas e cidades próximas do campo de concentração, apresentavam-se perante uma “corte marcial” em que praticamente nenhum dos juízes, promotores e advogados de defesa tinham experiência jurídica, sendo que apenas Ferencz e outro soldado, seu colega na “promotoria” em Dachau, eram formados em direito.⁷² Com uma estrutura tão precária, não é surpreendente que esse tribunal não tenha contribuído para a justiça penal internacional de forma significativa, servindo mais como um exemplo das iniciativas unilaterais e mal-planejadas dos Aliados para julgar criminosos de guerra, evidenciando, mais uma vez, a necessidade de criação de um tribunal composto por especialistas em direito penal internacional e criado por um esforço multilateral dos países envolvidos no conflito.⁷³

Nesse meio tempo, a Comissão continuou seu trabalho de investigação, pressionada pelo governo britânico a completar seus relatórios rapidamente para que fosse dissolvida, o que demonstra uma ausência de colaboração por parte dos Aliados para com o trabalho da Comissão. Surpreendentemente, mesmo com a falta de apoio material e político por parte dos próprios Estados que decidiram pela sua criação, a Comissão conseguiu organizar 8178 dossiês sobre supostos criminosos de guerra.⁷⁴ Contudo, uma vez que a Comissão não era institucionalmente vinculada aos tribunais posteriormente criados pelos Aliados, que possuíam suas próprias equipes de investigação, as informações levantadas por ela não puderam ser usadas como prova nesses julgamentos internacionais, mesmo que posteriormente tenham servido de fonte de informações para julgamentos nacionais de criminosos de guerra em diversos países da Europa.⁷⁵ Mas a Comissão foi de fato relegada a um segundo plano com a criação dos tribunais militares pelos Aliados, sendo que notadamente os Estados Unidos ignoraram certas recomendações da Comissão para julgar, por exemplo, soldados italianos que cometeram crimes contra nacionais da Etiópia, Grécia, Líbano e Iugoslávia, envolvendo tortura, uso de gás venenoso e massacres de civis.⁷⁶ A idéia dos norte-americanos era, principalmente, proceder ao julgamento dos criminosos nazistas, na Europa, e de soldados japoneses, no Extremo Oriente.

⁷² FERENCZ, op. cit., pp. 33-34.

⁷³ PIOVESAN, op. cit., pp. 35-39.

⁷⁴ A Comissão só podia investigar os crimes de guerra, não podendo sequer tratar dos casos envolvendo atrocidades contra judeus, mesmo que os membros da Comissão quisessem, por tratar-se de “crimes contra a humanidade”, uma categoria não prevista quando da criação do órgão. Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 16-17 e 22.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁷⁶ MAIA, op. cit., pp. 48-49.

Essa idéia se concretizou com o nascimento dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio e com a aprovação da *Allied Control Council Law n. 10* (ou “CCL 10”), uma lei permitindo o julgamento de nacionais envolvidos nos crimes da Segunda Guerra Mundial na Alemanha ocupada pelas tropas dos Aliados.⁷⁷ Todos eram tribunais criados *ex post facto*, mas desta vez devidamente apoiados pelos Aliados, tanto do ponto de vista político quanto institucional, e apesar das diversas críticas feitas por especialistas em direitos humanos em relação ao caráter de exceção dos tribunais e à “paz dos vencedores” por eles implementada,⁷⁸ as decisões desses dois tribunais foram tidas como os primeiros passos para o estabelecimento de uma justiça penal internacional permanente.⁷⁹

Já em 1943, na Declaração de Moscou, assinada por Winston Churchill, Franklin D. Roosevelt e Josef Stalin, os Aliados previam a possibilidade de julgamento e punição dos criminosos de guerra, mas havia discordâncias nos métodos a serem utilizados. Churchill era favorável à execução sumária de líderes nazistas, como o General Himmler ou o próprio Hitler, sob o argumento de que a culpa deles era tão clara que não necessitava de um processo judicial anterior, enquanto que Stalin, desde o acordo assinado em 1942, sugeria a possibilidade de um tribunal internacional especial julgar Hitler, seu assessores mais próximos e militares de alta patente. A posição da França e dos Estados Unidos foi a que acabou saindo vitoriosa, com a criação de um tribunal internacional para julgar criminosos de guerra e, acima de tudo, registrar fatos históricos, educar o mundo e servir como fator de dissuasão de condutas futuras. Logo, *os Estados Unidos tiveram papel fundamental na criação do primeiro tribunal internacional para julgar crimes de guerra*,⁸⁰ uma posição pioneira que não foi repetida pelo mesmo país cerca meio século depois, quando da retirada da assinatura dos Estados Unidos do Estatuto de Roma do TPI pelo Presidente George W. Bush, em 2002.⁸¹

⁷⁷ KITTICHAISAREE, op. cit., pp.17-21.

⁷⁸ Nenhum tribunal foi criado, por exemplo, para investigar eventuais crimes de guerra cometidos pela Forças Aliadas. Além disso, entre as penas aplicadas pelos tribunais estava prevista a pena de morte, o que hoje é considerado como conflitante com as disposições do direito internacional dos direitos humanos. Cf. SCHABAS, William A. “International law, politics, diplomacy, and the abolition of the death penalty”, *William and Mary Bill of Rights Journal*, v. 13, 2004, pp. 417-424.

⁷⁹ RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 187-190.

⁸⁰ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 23-24.

⁸¹ Desde a criação do TPI, os Estados Unidos tem protagonizado campanhas contra o Tribunal, afirmando ser o mesmo contrário aos mais básicos princípios do direito dos tratados, firmando acordos bilaterais com Estados-parte do Estatuto de Roma para impedir a entrega de cidadãos norte-americanos ao Tribunal sob a ameaça de suspensão de ajuda militar a tais Estados e, não bastasse isso, aprovaram uma lei nacional que permite o uso da

Depois de intensas negociações entre os Aliados, que, em meio a outras coisas, tiveram de achar uma forma de superar as diferenças existentes entre seus ordenamentos jurídicos nacionais, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi criado em 8 de agosto de 1945, pelo Acordo de Londres, contendo um anexo com a Carta do Tribunal, resultado do esforço conjunto dos Aliados. Segundo Robert Jackson, juiz e presidente do Tribunal de Nuremberg, a “amalgamação jurídica” dos diferentes ordenamentos era benéfica aos acusados, possibilitando que eles fizessem uso de garantias processuais diferentes, optando, por exemplo, entre prestar depoimento juramentado em sua defesa frente aos juízes ou fazer uma declaração ao fim do processo sem a possibilidade de contra-argumentação por parte da acusação.⁸² Isso não significa, contudo, que o processo em Nuremberg tenha sido livre de falhas, pois freqüentemente era negado aos réus o direito de inquirir as testemunhas da acusação e não havia a possibilidade de recorrer de uma condenação do Tribunal. Tais falhas, que hoje certamente seriam consideradas violações claras das garantias ao devido processo legal, à época foram tidas como equívocos toleráveis em um procedimento tão inovador como o de Nuremberg. Logo, ainda que alguns autores considerem que o Tribunal de Nuremberg proporcionou aos acusados um julgamento justo e livre da arbitrariedade dos vencedores da Segunda Guerra Mundial, os fatos descritos mostram o caráter falho e incompleto do procedimento adotado pelo Tribunal.⁸³ O fato é que as maiores contribuições do Tribunal de Nuremberg residem no seu registro histórico e documental dos fatos investigados e dos crimes julgados e, como será visto a seguir, no seu desenvolvimento do direito penal internacional.

Segundo o artigo 6 da Carta do Tribunal, os crimes sobre os quais ele poderia exercer jurisdição eram os seguintes: a) crimes contra a paz; b) crimes de guerra; e c) crimes contra a humanidade. Desses crimes, a categoria de mais fácil e imediata definição era a dos “crimes de guerra”, pois sua menção fazia referência tanto ao direito costumeiro, como evidenciado pelas Convenções de Haia, quanto ao direito convencional, especialmente a Convenção de

força para libertar qualquer cidadão norte-americano detido para ou pelo TPI, lei essa batizada pelos seus críticos de “Lei da Invasão de Haia”, Cf. SCHABAS, *An Introduction*, pp. 21-23. Para um interessante relato sobre a campanha protagonizada pelos Estados Unidos de George W. Bush contra o TPI e o direito internacional como um todo, contando com a conivência e apoio do então primeiro-ministro britânico, Tony Blair, Cf. SANDS, Philippe. *Lawless World. The Making and Breaking of Global Rules*. Londres: Penguin Books, 2006, pp. 46-68.

⁸² BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, p. 25.

⁸³ MAIA, op. cit., pp. 48-49; Ferencz, participante direto e ativo dos julgamentos de Nuremberg, alega que em momento algum era intenção dos juízes oferecer vingança às vítimas por meio do processo judicial, mesmo que os próprios juízes tenham lamentado o fato de que não havia magistrados de países neutros em Nuremberg. Cf. FERENCZ, op. cit., pp. 34-35.

Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1929.⁸⁴ A definição de “crimes contra a humanidade”, contudo, era mais complexa, tendo sido feito uso de diversas fontes formais do direito internacional, como costumes, tratados e princípios gerais de direito, para dar corpo à definição de uma maneira que fosse aceitável tanto para os Aliados quanto para o réus, pois, do contrário, uma definição desse crime sem apoio no direito existente à época dos julgamentos poderia ser considerada como lei *ex post facto* e, portanto, ter sua aplicação contestada pelos acusados.⁸⁵ A solução encontrada foi fundada em uma “extensão jurisdicional dos crimes de guerra”, segundo Bassiouni: uma vez que os crimes de guerra eram aplicados a uma determinada categoria de pessoas, especialmente civis, durante um conflito armado entre Estados, os “crimes contra a humanidade” estenderiam as mesmas proibições dos crimes de guerra à mesma categoria de pessoas protegidas dentro de um determinado Estado, desde que tais violações estivessem ligadas à existência de um conflito armado ou a crimes de guerra propriamente ditos.⁸⁶ Segundo Ferencz, o Tribunal de Nuremberg justificou a aplicação desse conceito de “crimes contra a humanidade” afirmando que “a lei não é estática e, por meio de uma contínua adaptação, atende às necessidades de um mundo em transformação”, tendo dado um passo à frente na evolução do direito internacional costumeiro que era longamente aguardado.⁸⁷

Finalmente, a última categoria de crime sobre a qual o Tribunal poderia exercer jurisdição era a dos “crimes contra a paz”, um conceito polêmico não apenas à época do Tribunal, mas até os dias de hoje, haja vista a não-tipificação do crime de agressão no Estatuto de Roma do TPI, conforme visto anteriormente. Assim como no caso dos “crimes contra a humanidade”, não havia precedente de julgamento por “crimes contra a paz”, a não ser a tentativa frustrada de julgar o Kaiser Guilherme II ao fim da Primeira Guerra Mundial, como visto anteriormente. Segundo o artigo 6(a) da Carta do Tribunal de Nuremberg, poderiam ser julgados indivíduos que tivessem comandado ou participado de uma guerra de agressão contra outros Estados em violação de tratados e princípios do direito internacional, uma definição profundamente inspirada no Pacto Briand-Kellogg de 1928.⁸⁸

⁸⁴ FERENCZ, op. cit., p. 48.

⁸⁵ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 25-26.

⁸⁶ A adoção desse conceito de “crimes contra a humanidade” por parte, principalmente, dos Estados Unidos demonstra que esse Estado estava disposto a rever a posição adotada durante a Conferência de Versalhes de 1919 para assegurar o julgamento e eventual condenação de criminosos nazistas. Cf. *Ibidem*, p. 26.

⁸⁷ FERENCZ, op. cit., p. 35.

⁸⁸ PIOVESAN, op. cit., pp. 35-36.

Discussões sobre os reflexos políticos desse conceito antecederam sua aprovação pelos Aliados, pois, entre outros pontos, a União Soviética exigiu que os crimes a serem julgados fossem apenas os cometidos “pelos inimigos do Eixo”, e que essa frase constasse no texto do artigo, posição contestada pelos Estados Unidos, que afirmaram, por intermédio de Robert Jackson, à época representante norte-americano na Conferência de Londres, tratar-se a proibição do crime de agressão uma regra universal, podendo ser aplicada inclusive aos Estados Unidos.⁸⁹ O irônico é que os Estados Unidos decidiram ignorar sua própria afirmação durante o período da Guerra Fria contra a própria União Soviética, recusando-se a aceitar o conceito de “guerra de agressão” ou “crime de agressão”.⁹⁰

É necessário frisar que o Tribunal de Nuremberg também deixou um legado positivo para o direito penal internacional, podendo mencionar-se, entre outros pontos, a desconsideração da “obediência a ordens superiores” como argumento de defesa no caso dos crimes de guerra, de acordo com o artigo 8 da Carta do Tribunal, servindo, no máximo, para reduzir a duração da pena imputada ao responsável, mas não para garantir sua absolvição.⁹¹ Tal determinação se justificativa pelo fato de que, se fosse aceita a regra de “obediência a ordens superiores”, praticamente nenhum responsável por ataques indiscriminados a civis durante o conflito armado ou por tortura e tratamento degradante de prisioneiro detidos em campos de concentração poderia ser julgado, dada a hierarquia do regime nazista, centralizando em Berlim as decisões levadas a cabo pelas tropas de Hitler.⁹²

Por fim, dos 24 acusados indiciados pela promotoria do Tribunal, 22 foram julgados pelo Tribunal, sendo que, desse número final, 3 acusados foram absolvidos, 12 foram condenados a morte por enforcamento, 3 foram condenados a prisão perpétua e o restante foi condenado a penas de prisão variando de 10 a 20 anos. Todos os réus eram de nacionalidade alemã e nenhum nacional de outro país do Eixo, como Itália, por exemplo, foi investigado ou julgado pelo Tribunal de Nuremberg, bem como os nacionais de países Aliados.⁹³ Contudo, apesar de Nuremberg ser um exemplo de “justiça dos vencedores”, em que nenhum nacional dos Aliados foi julgado por crimes cometidos durante o conflito, e de várias falhas terem ocorrido no processo judicial dos acusados, como anteriormente referido, o saldo final foi de

⁸⁹ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 26-27.

⁹⁰ DINSTEIN, op. cit., pp. 161-168.

⁹¹ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, p. 28.

⁹² RATNER e ABRAMS, op. cit., pp. 6-7.

⁹³ DRUMBL, op. cit., pp. 46-49.

um julgamento justo, dadas as condições político-materiais existentes na Alemanha ocupada pelas tropas Aliadas e a própria natureza do Tribunal de Nuremberg.

Uma vez analisado o caso de Nuremberg, cabe mencionar, ainda que brevemente, as experiências de outros dois casos, a CCL 10, tratando do julgamento de criminosos nazistas pelas Forças Armadas de cada um dos Aliados no território ocupado pós-1945, e o Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, criado para julgar criminosos japoneses, inclusive o próprio Imperador Hiroito. No que diz respeito à CCL 10, ainda que adotasse as mesmas definições de crimes do artigo 6 da Carta do Tribunal de Nuremberg, ela autorizava cada um dos quatro Aliados, ou seja, Reino Unido, França, Estados Unidos e União Soviética, a julgar nacionais alemães em suas respectivas zonas de ocupação, um procedimento em princípio mais fácil de ser implementado, pois cada um dos Aliados exercia efetivo controle sobre as zonas de ocupação e, conseqüentemente, não deveriam enfrentar dificuldades maiores na realização desses julgamentos.⁹⁴ Isso de fato ocorreu, pois os Aliados conseguiram tornar os procedimentos tão ou até mais efetivos que os de Nuremberg, sendo a União Soviética uma exceção nesse caso, pois optou por não respeitar devidamente o processo judicial e procedeu a execuções sumárias de diversos acusados, contrariando sua posição anterior de apoio ao devido processo legal, quando da criação do Tribunal de Nuremberg, na Conferência de Londres de 1945.⁹⁵

Já os Estados Unidos procederam à investigação e ao julgamento de mais de 140 acusados, entre médicos responsáveis por experimentos científicos com seres humanos, juristas instruídos a interpretar e aplicar as leis alemãs em prejuízo de grande parcela da população e em benefício do regime nazista, e empresários que se apropriaram dos bens e quantias apreendidos pelos nazistas e lucraram com o trabalho dos prisioneiros nos campos de concentração, além, é claro, de militares, diplomatas e burocratas que faziam parte da estrutura de governo e poder do regime nazista.⁹⁶ Mas talvez a grande diferença em favor da CCL 10, quando comparada com o Tribunal de Nuremberg, era o fato dos tribunais dos Aliados poderem exercer jurisdição sobre crimes contra a humanidade mesmo quando cometidos em períodos de paz, uma concepção hoje plenamente aceita e aplicada, mas à

⁹⁴ MAIA, op. cit., pp. 49-50.

⁹⁵ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 29-30.

⁹⁶ FERENCZ, op. cit., p. 35.

época da CCL 10 foi de fato inovadora, demonstrando outra real contribuição ao direito penal internacional por parte dos tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial.⁹⁷

O último desses tribunais militares criados pelos Aliados foi o Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, em Tóquio, o qual será brevemente analisado. Criado em dezembro de 1945 juntamente com a Comissão do Extremo Oriente por forte pressão da União Soviética, em Moscou, o Tribunal de Tóquio talvez tenha sido o mais politicamente influenciado do pós-Segunda Guerra Mundial por diversos motivos. Em primeiro lugar, a Comissão do Extremo Oriente não era um órgão investigativo, mas político, que deveria estabelecer a política de ocupação do Japão por parte dos Aliados. Em segundo lugar, todas as questões relacionadas a investigações e julgamentos de supostos criminosos japoneses eram de responsabilidade quase que exclusiva do General Douglas MacArthur, como Supremo Comandante dos Países Aliados, fazendo com que a justiça dependesse das visões e opiniões políticas do general norte-americano. Em terceiro lugar, diferentemente de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio não foi criado por um tratado, mas por uma decisão individual do General MacArthur, provavelmente para impedir uma possível influência da União Soviética nos julgamentos e, mais importante, na região do Extremo Oriente. Em quarto lugar, a execução das sentenças também era inconsistente, pois era sujeita às opiniões do General MacArthur, que podia conceder perdão aos condenados, reduzir as penas de prisão e dar liberdade condicional a criminosos de guerra.⁹⁸

Por fim, um dos maiores problemas do Tribunal era a escolha dos acusados, arbitrária e com motivações políticas, incluindo, conforme mencionado anteriormente, a decisão de não julgar o Imperador Hiroito, pois os Estados Unidos achavam que, preservando a imagem do Imperador, poderiam conseguir da elite japonesa maior apoio na administração do território japonês ocupado. Como uma prova final da inconsistência do Tribunal de Tóquio, no ano de 1953, foram repatriados ao Japão todos os condenados pelo Tribunal por crimes de guerra, em uma trégua política que certamente visava à continuação da presença pacífica dos Estados Unidos no Extremo Oriente.⁹⁹

⁹⁷ DRUMBL, op. cit., p. 49.

⁹⁸ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 31-37.

⁹⁹ Além do mais, o Imperador Hiroito havia acordado a rendição incondicional do Japão aos Aliados, motivo pelo qual era importante poupá-lo de um julgamento semelhante aos de Nuremberg. Cf. MAIA, op. cit., pp. 49-50.

Pelo que foi descrito nas últimas páginas, depreende-se que a idéia principal dos tribunais criados ao fim da Segunda Guerra Mundial, assim como no projeto anterior de Versalhes, era principalmente a responsabilização penal individual dos acusados, não havendo nenhuma preocupação dos tribunais para com as vítimas e seus familiares, tratando-se apenas de órgãos com ímpeto punitivo, representantes dignos de uma justiça retributiva. Contudo, algumas iniciativas de proporcionar indenizações às vítimas das atrocidades nazistas foram levadas a cabo, notadamente pelos Estados Unidos e organizações de ajuda a vítimas. Benjamin Ferencz foi um ativo participante desses esforços, com início em 1947, quando foi aprovada uma lei do governo militar norte-americano na Alemanha que autorizava o repasse de bens e propriedade confiscados pelos nazistas a uma organização criada para auxiliar as vítimas sobreviventes das atrocidades cometidas pelo regime de Hitler.¹⁰⁰

Como diretor-geral da Organização Judaica de Restituição a Sucessores, Ferencz entrou com 163.000 pedidos de desapropriação de bens imóveis na zona de ocupação norte-americana na Alemanha, uma estratégia que gerou revolta em diversos proprietários e pessoas de negócios que não estavam dispostos a abrir de bens que haviam adquirido de boa-fé e a preços justos. O impasse gerado foi enfim levado aos tribunais da Alemanha, especialmente o Tribunal dos Aliados para Recursos de Restituições, também com sede em Nuremberg. Além disso, em 1951, Ferencz também participou da negociação de um acordo de reparações em Haia entre a Alemanha Ocidental, Israel e diversas organizações representando o povo judeu. Após um longo e complexo processo, que incluiu a aprovação de leis específicas sobre indenizações e restituições, a verificação do mérito de cada um dos pedidos apresentados pelos requerentes e organização de uma estrutura de trabalho de 1.200 pessoas em 19 países, incluindo advogados alemães representando vítimas do nazismo, o saldo final do acordo de reparações, até 2005, foi o pagamento de uma quantia equivalente a 60 bilhões de dólares pelo governo alemão a diversas vítimas do regime nazista.¹⁰¹

Pelo menos duas ressalvas devem ser feitas em relação aos méritos desse sistema de reparações. Em primeiro lugar, o conceito de reparação pressupõe uma decisão anterior por um tribunal competente determinando que os danos causados a uma parte sejam erradicados na medida do possível. No caso descrito acima, houve um acordo entre as diferentes partes interessadas que levou à restituição de bens e ao pagamento de indenizações, não um processo

¹⁰⁰ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 22-27; SCHABAS, *An Introduction*, pp. 5-8.

¹⁰¹ FERENCZ, op. cit., pp. 36-38; SEPINWALL, Amy J., "Responsibility for Historical Injustices: Reconceiving the Case for Reparations", *Journal of Law and Politics*, v. 22, 2006, pp. 183-184.

judicial perante um tribunal internacional penal independente e permanente determinando as formas e montantes das reparações, sendo, portanto, mais sujeito a pressões políticas e interesses estratégicos dos participantes. Em segundo lugar, ainda que o acordo de reparações visasse ao benefício de todas as categorias de vítimas das atrocidades nazistas, grande parte do montante arrecadado foi em benefício dos grupos que, por mérito próprio, conseguiram organizar-se melhor na tentativa de obter justiça do governo alemão, enquanto outros grupos foram sub-representados e, conseqüentemente, menos beneficiados no processo de negociação. Tal ressalva não tem o intuito de criticar a iniciativa, por exemplo, de organizações judaicas que conseguiram obter com sucesso indenizações e restituições em benefício das vítimas do Holocausto, mas apenas procura ilustrar um caráter não-universal do sistema de reparações posterior à Segunda Guerra Mundial.¹⁰²

Logo, as tentativas de reparações levadas a cabo ao fim da Segunda Guerra Mundial têm o mérito de haver criado um precedente fundamental, mas mostraram-se incompletas ante as necessidades das diferentes vítimas das atrocidades nazistas. Era sensível, portanto, a necessidade de um sistema mais abrangente de amparo às vítimas, bem como de uma justiça penal internacional livre dos interesses e inconstâncias da política internacional conduzida pelos Estados.¹⁰³ Contudo, a realização de tais metas teve de esperar ainda um longo período, pois de 1955, ano dos últimos julgamentos em Nuremberg e em Tóquio, a 1992, ano de criação pelo Conselho de Segurança da ONU de uma comissão investigativa para a ex-Iugoslávia, nenhum tribunal penal internacional ou comissão foram criados para averiguar crimes internacionais, apesar do grande número de conflitos internacionais ocorridos durante esse período.¹⁰⁴ Nas palavras de Bassiouni, “a justiça foi a grande vítima da Guerra Fria”.¹⁰⁵

As inovações ocorridas com o fim da Segunda Guerra Mundial podem ser percebidas, contudo, na adoção de diversos tratados internacionais e, principalmente, no trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU para a criação de um código de crimes internacionais e de um tribunal permanente e independente para investigar e julgar os mais graves crimes internacionais. Tais inovações culminaram, também, na criação dos primeiros

¹⁰² RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 6-8, FERENCZ, op. cit., pp. 38 e 42-45; BUXBAUM, Richard M., “A Legal History of International Reparations”, *Berkeley Journal of International Law*, v. 23, 2005, pp. 324-328.

¹⁰³ BOTTIGLIERO, op. cit., p. 195.

¹⁰⁴ Só no Camboja, estima-se que entre 1975 e 1978 mais de 2 milhões de pessoas foram mortas em decorrência das atrocidades cometidas pelo regime do Khmer Rouge. Sobre o tema, Cf. RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 267-283.

¹⁰⁵ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 38-39.

tribunais penais internacionais desde Nuremberg e Tóquio, e, finalmente, na adoção do Estatuto de Roma e conseqüente nascimento do TPI em Haia.

2.3.3 – Os tratados internacionais pós-Segunda Guerra Mundial e o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU.

De todas as mudanças e inovações institucionais advindas com o fim do conflito na Europa e no Extremo Oriente, talvez a mais significativa tenha sido a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 24 de outubro de 1945, em São Francisco, num esforço semelhante ao ocorrido ao fim da Primeira Guerra Mundial com a Conferência de Paz de Versalhes e a criação da Liga das Nações. As diferenças, contudo, residem na própria personalidade jurídica da ONU, bem como em seus poderes e competências mais amplos, especialmente em áreas como a segurança coletiva e a manutenção da paz, diferentemente do que ocorria na Liga.¹⁰⁶ Logo, uma vez conhecidos os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial e tendo em vista uma estrutura organizacional que lhe dava maior capacidade de trabalho que sua antecessora, a ONU se afigurava como a melhor opção para a continuação de uma idéia de justiça penal internacional que atendesse tanto aos anseios de uma comunidade internacional em transformação quanto aos interesses das inúmeras vítimas desse conflito e de tantos outros semelhantes.¹⁰⁷

Já em dezembro de 1946, a Assembléia Geral da ONU aprovou uma resolução declarando o genocídio um crime contra o direito internacional e requerendo a elaboração de uma convenção internacional sobre o tema,¹⁰⁸ o que ocorreu dois anos depois, com a adoção da Convenção para Punição e Prevenção do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948.¹⁰⁹ Essa Convenção, além de apresentar a definição consagrada do crime de genocídio, tendo inclusive sido incorporada sem mudanças ao texto final do Estatuto de Roma, determinava, em seu artigo VI, que o julgamento pelo crime de genocídio deveria ocorrer perante um tribunal do Estado em cujo território a conduta tenha ocorrido, ou perante um

¹⁰⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 9-75 e 671-699.

¹⁰⁷ MAIA, op. cit., pp. 37-43.

¹⁰⁸ GA Res. 96 (I), UN Doc. A/64/Add.1. Cf. SCHABAS, *An Introduction*, p. 7; RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 26-29.

¹⁰⁹ GA Res. 260A (III), UN Doc. A/760. Cf. MAIA, op. cit., pp. 50-51.

tribunal penal internacional com jurisdição sobre as partes contratantes, previamente aceita pelas mesmas.¹¹⁰ Logo, era necessária a elaboração de uma proposta de tribunal que se encaixasse na permissão do artigo VI, um processo que foi iniciado no mesmo dia de adoção da Convenção, por meio de uma resolução requerendo à Comissão de Direito Internacional (CDI) o estudo e a elaboração de um estatuto para um tribunal penal internacional.¹¹¹ Criada em 1947, a CDI é formada por um grupo de renomados internacionalistas e tem como principais funções a codificação e o desenvolvimento do direito internacional, tendo seu trabalho dado origem a diversos convenções internacionais, bem como recomendações da Assembléia Geral da ONU a governos nacionais, o que demonstra o papel central da CDI dentro do sistema ONU e na evolução do direito internacional.¹¹² Além da Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio, outros documentos internacionais posteriores à Segunda Guerra Mundial contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional humanitário, notadamente as Convenções de Genebra de 1949, que desenvolveram o direito internacional humanitário para que ele melhor respondesse às novas ameaças existentes a civis e prisioneiros surgidas durante a Segunda Guerra Mundial.¹¹³

No campo específico da justiça penal internacional, as maiores contribuições da CDI podem ser identificadas, principalmente, na elaboração de um “Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade”¹¹⁴ e na adoção dos “Princípios de Nuremberg”, em 1950, uma tentativa de sistematização do direito penal internacional desenvolvido e implementada pelo Tribunal de Nuremberg. Além do trabalho levado a cabo pela CDI, a Assembléia Geral da ONU criou um comitê também encarregado da elaboração de um anteprojeto de estatuto para um tribunal penal internacional, tendo tal comitê apresentado um relatório final sobre seus trabalhos em 1954, mesmo ano em que a CDI apresentou à Assembléia Geral seu anteprojeto de um “Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da

¹¹⁰ Art. VI, Convenção para Punição e Prevenção do Crime de Genocídio, 1948. Um dado curioso é que essa referência a um tribunal penal internacional na Convenção foi possível graças à insistência dos Estados Unidos, pois diversas delegações presentes à Assembléia Geral da ONU mostraram-se reticentes não à idéia do tribunal em si, mas à idéia de apoiar uma proposta que, à época, era mais uma esperança do que uma real possibilidade. Cf. KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 20-22.

¹¹¹ GA Res. 216B (III), UN Doc. A/760. Cf. SCHABAS, *An Introduction*, pp. 7-8.

¹¹² A criação da CDI ocorreu com base no artigo 13 da Carta das Nações Unidas, que mencionava a necessidade da Assembléia Geral iniciar estudos e fazer recomendações visando incentivar ao desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação. Cf. RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 20 e 56.

¹¹³ BOTIGLIERO, op. cit., pp. 194-195.

¹¹⁴ Esse “Código” deveria conter as definições dos crimes internacionais e os princípios gerais do direito penal internacional, mas não mencionava expressamente a necessidade de uma jurisdição penal internacional especificamente criada para aplicá-lo. Cf. SCHABAS, *An Introduction*, p. 8; MAIA, op. cit., p. 51.

Humanidade”.¹¹⁵ Apesar desse aparente sucesso na tentativa de codificação dos crimes internacionais e da criação de um tribunal internacional especificamente criado para julgá-los, a Assembléia Geral encerrou o mandato do comitê encarregado de elaborar o estatuto, muito devido ao fato de não haver possibilidade real de definir o crime de agressão em pleno auge da Guerra Fria.¹¹⁶

Por mais de quarenta anos o anteprojeto para um tribunal penal internacional foi discutido dentro da CDI sem maiores resultados práticos¹¹⁷. Deve-se ressaltar, contudo, que no projeto apresentado em 1954 e nos trabalhos subseqüentes da CDI, até 1993, não havia qualquer menção, direta ou indireta, aos direitos e interesses das vítimas no processo, muito menos à possibilidade de reparações serem outorgadas pelo tribunal em favor das vítimas.¹¹⁸ Contudo, em 1989, um evento impulsionou a retomada de interesse dos Estados por um tribunal penal internacional. A Assembléia Geral da ONU, respondendo a uma requisição de Trinidad e Tobago, pediu à CDI um resumo do seu trabalho sobre o tribunal, salientando a possibilidade desse tribunal poder exercer jurisdição sobre o tráfico de drogas internacional, preocupação principal de Trinidad e Tobago e de diversos outros países da região do Caribe.¹¹⁹ Ainda que, mais uma vez, os trabalhos na CDI não tenham prosperado conforme as expectativas de Trinidad e Tobago e da própria ONU, eles serviram de inspiração para a criação e desenvolvimento dos primeiros tribunais penais internacionais desde Nuremberg e Tóquio: o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (“International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, doravante ICTY) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“International Criminal Tribunal for Rwanda”, doravante ICTR).

2.3.4 – Os tribunais ad hoc da Ex-Iugoslávia e de Ruanda.

¹¹⁵ SCHABAS, *An Introduction*, pp. 8-10.

¹¹⁶ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 38-39.

¹¹⁷ Durante mais ou menos o mesmo período foi intensamente discutido no âmbito da CDI o anteprojeto sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos contrários ao direito internacional, em que constava a idéia de reparação. Contudo, esses dois anteprojeto foram sempre tratados separadamente, impedindo uma salutar e necessária troca de idéias quanto à responsabilização individual e estatal no direito internacional. Cf. CRAWFORD, James. “The ILC’s draft statute for an international criminal tribunal”, *American Journal of International Law*, v. 88, 1994, pp. 140-148.

¹¹⁸ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 193-195.

¹¹⁹ FERENCZ, op. cit., pp. 42-45.

Com a dissolução da União Soviética e o fim da Guerra Fria, um dos efeitos imediatos nas relações internacionais foram os diversos conflitos de natureza separatista, muitos deles em regiões já fortemente marcadas por conflitos étnicos que permaneceram latentes durante o período da Guerra Fria. Entre esses conflitos, um dos que mais chamou a atenção da comunidade internacional foi o ocorrido na ex-Iugoslávia, na região dos Bálcãs, envolvendo principalmente as repúblicas da Sérvia, da Croácia e da Bósnia Herzegovina.¹²⁰ Alguns dos crimes envolviam a prática de tortura contra civis e prisioneiros de guerra, o uso do estupro em massa de mulheres muçulmanas como ferramenta de limpeza étnica e demais violações das Convenções de Genebra e diversas normas convencionais e costumeiras do direito internacional humanitário.¹²¹ A gravidade do conflito étnico-nacionalista na ex-Iugoslávia chamou a atenção da comunidade internacional, tanto que em 1992 o Conselho de Segurança da ONU, que um ano antes havia classificado o conflito como “nacional”, determinou a criação de uma comissão de especialistas para investigar e angariar provas de graves violações às Convenções de Genebra e outras violações do direito internacional humanitário.¹²² O relatório que resultou dos trabalhos dessa comissão, que consistia em mais de 65.000 páginas de documentos e 3.300 de análise dos mesmos por parte dos membros da comissão, foi um dos principais elementos que levou o Conselho de Segurança da ONU a uma medida sem precedentes: a criação de um tribunal penal internacional por meio da resolução 808, na 48ª sessão do Conselho de 22 de fevereiro de 1993.¹²³ O ICTY foi oficialmente criado em 25 de maio de 1993, os juízes foram eleitos em 15 de setembro do mesmo ano e o procurador escolhido em 15 de agosto de 1994. O Tribunal teria jurisdição sobre graves violações de direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991, ou seja, *o ICTY poderia exercer jurisdição sobre crimes ocorridos até mesmo depois de sua criação*, um traço que o diferenciava profundamente dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, criados para investigar e julgar fatos ocorridos apenas antes de seu nascimento.¹²⁴

¹²⁰ MAIA, op. cit., pp. 102-103.

¹²¹ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 22-27.

¹²² UN Doc. S/RES/780 (1992). Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 39-41.

¹²³ UN Doc. S/RES/808 (1993). Cf. BLEWITT, Graham, “International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, in LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 146-157.

¹²⁴ DAVID, Eric, “The Contribution of International Tribunals for the Development of International Criminal Law”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 354-365.

Dois anos depois de criar uma comissão para investigar crimes internacionais na ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança aprovou uma resolução estabelecendo uma comissão de investigação para graves violações de direito internacional humanitário ocorridas durante a guerra civil em Ruanda, inclusive com a possibilidade de atos de genocídio.¹²⁵ Diferentemente do tratamento dado ao caso da ex-Iugoslávia, em que a comissão teve seu mandato estendido por diversos meses para concluir seu relatório, no caso de Ruanda em pouco mais de seis a comissão terminou seu relatório, entregou ao Conselho de Segurança e este procedeu à criação do ICTR, ainda em 1994.¹²⁶ Assim como na ex-Iugoslávia, o conflito em Ruanda criou milhares de refugiados e ficou marcado pela violência e crueldade utilizada pelos extremistas hutus contra tutsis e hutus moderados, tendo sido mortas pelo menos 500 mil pessoas em um período inferior a um ano.¹²⁷ Duas características próprias do ICTR o diferenciam do ICTY: em primeiro lugar, a jurisdição do ICTR foi limitada ao período de 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro do mesmo; em segundo lugar, como o conflito em Ruanda era uma guerra civil, violações a leis e costumes de guerra, bem como violações às Convenções de Genebra de 1949, não poderiam ser julgadas pelo tribunal, apenas violações ao artigo 3º comum às quatro Convenções e ao seu Protocolo Adicional 2, de 1977.¹²⁸

Comparados aos tribunais da Segunda Guerra Mundial, os tribunais *ad hoc* apresentavam certas vantagens e um sensível progresso em termos de respeito aos direitos humanos dos acusados e de independência dos Estados que apoiaram sua criação, como, por exemplo, a não-adoção da pena de morte para seus condenados e o fato de não serem tribunais militares instaurados por países vencedores de um conflito internacional, não padecendo, portanto, da mesma parcialidade de seus precedentes.¹²⁹ Ademais, a importância desses dois tribunais *ad hoc* reside no fato de sua jurisprudência ter contribuído definitivamente para a formação do direito penal internacional em diversos pontos. O ICTR, por exemplo, foi responsável pela primeira decisão judicial internacional condenando alguém pelo crime de genocídio com o julgamento Jean-Paul Akayesu, um radicalista hutu de Ruanda que, entre

¹²⁵ UN Doc. S/RES/935 (1994).

¹²⁶ UN Doc. S/RES/955 (1994). Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 46-47.

¹²⁷ MAIA, *op. cit.*, pp. 105-107.

¹²⁸ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 47-49.

¹²⁹ Contudo, no caso do ICTY, foram apenas julgados os crimes de guerra cometidos pelos sérvios, não tendo nenhuma ação sido tomada em relação aos bombardeios da OTAN no Kosovo, em 1999, semelhante ao que ocorreu em Nuremberg. Sobre a intervenção humanitária no Kosovo e o não-julgamento das tropas da OTAN, especialmente as norte-americanas, Cf. CHOMSKY, Noam. *Uma nova geração define o limite: os verdadeiros critérios das potências ocidentais para suas intervenções militares*. Rio de Janeiro: Record, 2003, pp. 7-11, 108-111 e 149-156.

outros crimes, como tortura e violência sexual, fez incitamento público ao genocídio dos tutsis por meio de emissões radiofônicas, incentivando abertamente a população hutu a cometer o crime de genocídio, tendo o acusado sido condenado à pena de prisão perpétua, no caso de Ruanda, 80 anos.¹³⁰ Além desse caso, outro marcante foi a condenação de Jean Kambanda, Primeiro-Ministro de Ruanda acusado de crimes contra a humanidade, incluindo morte e extermínio de civis e atentados à integridade física e psíquica de tutsis, tendo sido também condenado à prisão perpétua.¹³¹

Já o ICTY também proporcionou decisões importantes para o desenvolvimento do direito penal internacional, como o caso de Dusko Tadic, primeira decisão do ICTY, quando este afirmou ser uma regra costumeira de direito internacional que crimes contra a humanidade não devem estar ligados a um conflito armado internacional ou nacional, bastando haver a violação para o Tribunal poder exercer jurisdição sobre o crime.¹³² Também poderia ter sido do ICTY a primeira decisão internacional condenando um chefe de Estado por crimes contra a humanidade, mas Slobodan Milosevic faleceu no cárcere antes de seu julgamento.¹³³ Ainda no que diz respeito ao ex-ditador, em sua defesa perante o tribunal ele apresentou diversos argumentos contestando a jurisdição do ICTY, considerando-o um tribunal de exceção e com fins políticos,¹³⁴ mostrando mais uma vez ser necessário haver um tribunal internacional permanente e independente que fosse apto a julgar crimes cometidos após sua entrada em vigor.¹³⁵ Contudo, por mais importantes que tenham sido as decisões dos tribunais *ad hoc*, para os fins do presente trabalho as principais inovações advindo com esses tribunais diziam respeito à participação das vítimas dos crimes internacionais no processo e à possibilidade de reparações serem outorgadas em benefício das vítimas.

Os Estatutos do ICTY, artigo 24(1) e (3), e do ICTR, artigo 23(1) e (3), previam a restituição às vítimas de bens e valores destituídos por meio de conduta criminal e a

¹³⁰ Caso Akayesu, ICTR 96-4, Cf. RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 204-205.

¹³¹ Caso Kambanda, ICTR 97-23, Cf. MAIA, op. cit., pp. 11-113.

¹³² Caso Tadic, IT-94-1-D, Cf. CASSESE, *International Law*, pp. 439-442.

¹³³ MARKOVIC, Milan. "In the interests of justice? A critique of the ICTY Trial Court's decision to assign counsel to Slobodan Milosevic", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 18, 2005, pp. 947-949.

¹³⁴ A legalidade do estabelecimento do ICTY pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como a primazia de sua jurisdição sobre tribunais nacionais, foram afirmadas pelo próprio ICTY no Caso Tadic, o que, para muitos críticos, constitui-se em um caso de "auto-justificação da própria conduta", Cf. KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 23-24 e NASSAR GUIER, Edgar. "El Fundamento Jurídico y la Competência del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia", in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 73-96.

¹³⁵ MARKOVIC, op. cit., pp. 950-952.

possibilidade da restituição ser uma pena a ser imposta ao condenado, além, é claro, da pena de reclusão de liberdade. Segundo as Regras de Processo e Provas do ICTY e ICTR, na Regra 105, comum aos dois Tribunais, quando uma Câmara do Tribunal determinar que um acusado se apossou da propriedade e dos bens de outrem, desde que tal ação esteja conectada ao crime pelo qual o indivíduo está sendo julgado, tal Câmara pode deter que tais propriedades ou bens sejam devolvidos a seu proprietário original.¹³⁶ Além da possibilidade de restituição de bens, segundo a Regra 106, também comum aos dois Tribunais, uma vítima pode pedir reparação, por meio dos tribunais de seu país, uma vez que haja uma condenação no âmbito dos tribunais *ad hoc* e o Tribunal deve repassar a competência sobre reparações para o tribunal nacional relevante, não se tratando, pois, de um mecanismo direto de reparação através de um tribunal internacional. Tal possibilidade está de acordo com a resolução que criou o ICTY, pois a mesma afirma que o trabalho do Tribunal deverá ser exercido sem prejuízo ao direito das vítimas de buscar, pelos meios adequados, indenização pelos danos resultantes de violações do direito internacional humanitário.¹³⁷

Um dos problemas desse mecanismo de buscar reparações em tribunais nacionais é a possibilidade de haver discriminação e injustiça em muitas decisões, pois não haverá um critério específico para determinar o quantum indenizatório, ficando a cargo dos juízes individuais determinar o montante ao qual a vítima tem direito, sendo que as vítimas não têm voz ativa no processo, dependendo exclusivamente dos juízes e do procurador dos Tribunais. Além disso, uma injustiça ocorre pelo fato de, por exemplo, uma pessoa que teve sua casa ilegalmente tomada em uma ação conectada a violações do direito internacional humanitário poder reaver sua casa por decisão do próprio ICTY, mas as vítimas de violência sexual ou os sobreviventes de um genocídio não têm o direito de buscar reparações diretamente pelo Tribunal internacional, e, tendo em vista a extrema dificuldade que tais vítimas enfrentam em tribunais nacionais para verem respeitados seus direitos, é provável que nunca venham a receber nenhuma quantia a título de indenização.¹³⁸ Logo, o mecanismo disponível para as vítimas buscarem alguma forma de reparação pelos danos sofridos é insuficiente no âmbito dos tribunais *ad hoc*, pois, em primeiro lugar, a participação das vítimas no processo é apenas na condição de testemunhas, não podendo entrar com pedidos próprios de reparações; e, em segundo lugar, o sistema existente não é implementado diretamente pelos Tribunais, devendo

¹³⁶ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 196-200.

¹³⁷ UN Doc. S/RES/827 (1993).

¹³⁸ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 200-202.

a vítima apelar às instâncias internas do seu país, que muitas vezes não tem a condição de analisar os pedidos de milhares de vítimas, especialmente quando se trata de um país que está ainda fechando as cicatrizes de um violento conflito, como foi o caso da ex-Iugoslávia e de Ruanda.¹³⁹

Ainda que ambos presidentes dos tribunais *ad hoc* tenham comunicado ao Conselho de Segurança que não achavam adequado ou recomendável que seus Tribunais tivessem o poder de determinar reparações às vítimas, em razão, principalmente, de um eventual acúmulo de pedidos para o Tribunal,¹⁴⁰ a procuradora dos Tribunais, Carla del Ponte, em mais de uma ocasião se manifestou por uma maior participação das vítimas no procedimento dos Tribunais, especialmente na mudança do regime de reparações, pois, segunda a procuradora, um sistema de direito penal que não dê atenção às vítimas dos crimes é falho e incompleto.¹⁴¹ Não bastasse tal regime de reparações ser incompleto, não houve até hoje qualquer decisão dos Tribunais determinando a restituição de propriedade às vítimas, nem mesmo o repasse de competência a algum tribunal nacional para a determinação de um quantum indenizatório em benefício das vítimas.¹⁴²

Logo, assim como seus antecessores, os tribunais *ad hoc* não dão às vítimas nem o pleno direito de participação no procedimento criminal, nem a possibilidade de buscarem reparações diretamente numa instância internacional. O primeiro e, até o momento, único exemplo de tribunal internacional que tenha um regime pleno e direto de reparações às vítimas, bem como um órgão especificamente criado para lidar com as vítimas e suas necessidades, é o TPI. Contudo, antes de proceder à análise do regime de reparações do TPI e do Fundo Fiduciário, é necessário analisar o conceito de reparação no direito internacional, os instrumentos e documentos internacionais que consagram o direito das vítimas a reparações e, principalmente, a jurisprudência que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem desenvolvido em matéria de reparações, para, então, poder-se analisar cuidadosamente a evolução do regime de reparações do TPI.

¹³⁹ TORPEY, John, “Victims and Citizens: The Discourse of Reparation(s) at the Dawn of the New Millenium”. DE FEYTER, K.; PERMENTIER, S.; BOSSUYT, M.; LEMMENS, P. (eds.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 35-50.

¹⁴⁰ DE GREIFF, Pablo e WIERDA, Marieke, “The Trust Fund For Victims of the International Criminal Court: Between Possibilities and Constraints”. DE FEYTER, K.; PERMENTIER, S.; BOSSUYT, M.; LEMMENS, P. (ed.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 226-227.

¹⁴¹ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 203-205.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 209-211.

3 – A REPARAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.

Para poder melhor analisar o regime de reparações do Estatuto de Roma e do TPI, é fundamental ter uma clara noção do conceito de reparação no direito internacional, fazendo uso, para tanto, das construções doutrinárias, jurisprudenciais e legais desenvolvidas ao longo do século XX. A presente parte da dissertação será dividida, então, da seguinte forma: primeiro, o conceito de reparação será analisado, tanto na perspectiva de uma relação interestatal quanto na perspectiva de uma relação entre indivíduo e Estado no Direito Internacional, bem como os conceitos de “vítima” e de “dano”, de importância fundamental para a área de reparações; em seguida, será analisada a consagração do direito à reparação como um direito humano por meio de diversos tratados e demais instrumentos internacionais de direitos humanos; por fim, o direito à reparação será analisado à luz da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, notadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou, simplesmente, Corte).

3.1 – O conceito de reparação no Direito Internacional.

O conceito de reparação é dos elementos fundamentais da idéia de responsabilidade, por sua vez uma das bases de qualquer sistema jurídico. Reparação seria qualquer conduta levada a cabo pelo responsável por um ato ilícito visando eliminar todas as conseqüências danosas de tal ato para a vítima.¹⁴³ No campo específico do Direito Internacional, o conceito de reparação, sua natureza e eventuais formas pelas quais se manifesta podem ser encontrada na já clássica definição da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso da Fábrica de Chorzow:

¹⁴³ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

*The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle that seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.*¹⁴⁴

Tal decisão consagra, em primeiro lugar, o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), que busca acabar com todas as conseqüências danosas do ilícito e fazer com que a situação da vítima volte a ser como era antes da ocorrência do ilícito (*status quo ante*).¹⁴⁵ Em segundo lugar, o conceito de reparação proposto pressupõe que o dano tenha sido, primordialmente, de natureza patrimonial, e uma vez não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, uma indenização pecuniária de valor correspondente estaria perfeitamente em ordem.¹⁴⁶ Em suma, a regra é que a reparação integral é sempre a melhor opção para fazer cessar as conseqüências do ilícito, sendo outras formas de reparação, como a indenização, por exemplo, possíveis substitutos à *restitutio in integrum* quando esta não puder ser implementada.¹⁴⁷ Depreende-se da leitura da decisão da CPJI “que o dever de reparação é o complemento indispensável do descumprimento de uma obrigação convencional”, ou seja, o dever de reparar é uma obrigação nova e adicional que se soma à obrigação primária de respeito a determinada norma cuja violação é o ilícito internacional.¹⁴⁸

3.1.1 – A reparação nas perspectivas de uma relação inter-estatal e de uma relação entre indivíduo e Estado.

O conceito de reparação no Direito Internacional desenvolveu-se dentro da idéia de relações interestatais, em que o prejuízo de um Estado ao outro deveria ser integralmente reparado, afastando os efeitos do ato danoso e fazendo com que a situação voltasse a ser como

¹⁴⁴ CPJI, Caso da Fábrica de Chorzów, 1928 (mérito), Serie A, n. 17, p. 47.

¹⁴⁵ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 252-253.

¹⁴⁶ CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1987, pp. 233-235.

¹⁴⁷ CASSESE, *International Law*, pp. 259-261.

¹⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II, p. 170.

antes.¹⁴⁹ Na doutrina mais conservadora da responsabilidade internacional do Estado, o mesmo só é responsabilizado por atos ilícitos cometidos contra outro ente da mesma natureza.¹⁵⁰ Logo, uma vez sendo a responsabilidade apenas em relação a outro Estado, a obrigação secundária da reparação, advinda da violação da obrigação internacional primária, só será devida a outro Estado,¹⁵¹ e foi com base nessa concepção de responsabilidade internacional que a CDI, durante mais de 40 anos, trabalhou na elaboração de um projeto para convenção internacional sobre a responsabilidade internacional dos Estados (Projeto da CDI), que, ainda que não tenha sido aprovada como convenção internacional, hoje é considerada a consagração do direito internacional costumeiro sobre a matéria.¹⁵² Por tratar da responsabilidade internacional numa perspectiva interestatal, necessariamente o Projeto da CDI procede da mesma forma na área das reparações,¹⁵³ concentrando-se nas formas de reparação que melhor se adaptam à realidade interestatal do direito internacional.¹⁵⁴

Contudo, na medida em que o direito internacional foi evoluindo e as relações por ele reguladas mostravam-se mais complexas, a idéia de um direito meramente interestatal começou a ser alterada, e organizações internacionais¹⁵⁵ e até mesmo indivíduos passaram a ser considerados sujeitos de direito internacional.¹⁵⁶ Tal mudança quanto aos sujeitos de direito internacional necessariamente acarreta alterações no entendimento e interpretação das normas, fazendo com que outros ramos surjam para dar conta da nova realidade internacional: é nesse cenário que nasce o direito internacional dos direitos humanos.¹⁵⁷ E, juntamente com a idéia de direitos humanos, nasce a idéia de responsabilização internacional dos Estados que

¹⁴⁹ MERON, op. cit., pp. 247-251.

¹⁵⁰ CASSESE, *International Law*, pp. 241-245.

¹⁵¹ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 82-87.

¹⁵² CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. II, pp. 87-101.

¹⁵³ Contudo, o artigo 33(2) do Projeto deixa aberta a possibilidade da responsabilidade do Estado advir da violação de uma obrigação primária para com uma entidade não-estatal. Dessa forma, o Estado teria também uma obrigação secundária de fazer reparações para aquela entidade, inclusive sem a intermediação do Estado, contanto que haja um procedimento específico permitindo isso, Cf. CRAWFORD, James. *The ILC's Articles on States Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge University Press, 2002, pp. 233-235.

¹⁵⁴ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 251-256.

¹⁵⁵ Hoje, pode-se afirmar com convicção que existe um ramo próprio do Direito Internacional que trata das organizações internacionais. Para tanto, Cf. CANÇADO TRINDADE, *Direito das Organizações Internacionais*, pp. 749-810, 2003.

¹⁵⁶ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 6ª ed., 2003, pp. 58-67. Sobre o indivíduo como sujeito de Direito Internacional, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios de Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: UnB, 1981, pp. 222-242.

¹⁵⁷ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 245-249, CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, pp. 31-40.

violam tais direitos e o dever de reparar tais violações.¹⁵⁸ Conseqüentemente, a reparação torna-se um direito do indivíduo lesado pela conduta do Estado, devendo, então, adaptar-se agora à realidade da relação entre o indivíduo e o Estado. Dessa forma, *a reparação é, ao mesmo tempo, um direito a ser exercido pela vítima e um dever a ser cumprido pelo Estado quando da sua responsabilização internacional*, um direito humano reconhecido como tal pelo direito internacional e uma das bases da teoria da responsabilidade internacional.¹⁵⁹

3.1.2 – Os conceitos de “vítima” e “dano” no direito internacional.

Em um interessante estudo interdisciplinar que agrega elementos de vitimologia, sociologia e psicologia, dois professores da Universidade da Antuérpia desenvolveram uma noção de vítima que pretende abarcar todos os casos possíveis, envolvendo não só pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas.¹⁶⁰ Para os autores:

*Persons, individually or collectively, can be considered as an integrated system of several dimensions, such as the physical, intra-psychic, interpersonal, familial, social, communal, religious, ethnic, cultural, spiritual, material, economic, political, national and international dimensions. When harm is done to this integrated system of several dimensions, the individual or group of individual becomes a victim. Harm occurs when there is a negative outcome resulting of the comparison of two conditions of the integrated system of several dimension of the individual or the group of individuals.*¹⁶¹

Logo, a vítima é alguém que tenha sofrido um dano a qualquer aspecto de sua vida, sendo o dano o resultado de uma conduta que altera alguma condição na existência da vítima. Outra a definição digna de nota é a que consta na Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, da ONU, de 1985.¹⁶² Esse documento apresenta duas possíveis definições de vítimas, uma para vítimas de crimes, outra para vítimas de abuso de poder. No primeiro caso, vítimas de crimes são as pessoas que, individual ou coletivamente, sofreram alguma espécie de dano, incluindo prejuízo físico ou mental,

¹⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, pp. 437-443.

¹⁵⁹ VAN BOVEN, op. cit., pp. 202-203, Cf. BOTTIGLIERO, op. cit., p. 111.

¹⁶⁰ ROMBOUTS, Heidy; VANDEGINSTE, Stef. “Reparation for victims of gross and systematic human rights violations: the notion of victim”. *Third World Legal Studies 2000-2003*. Filadélfia: Temple University, 2004, pp. 89-98.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁶² UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power, UNGA Res.40-34, de 29 de novembro de 1985.

sofrimento emocional, perda econômica ou prejuízo a um direito fundamental, por meio de atos ou omissões que violem o direito penal de um Estado, sendo que, no caso das vítimas de abuso de poder, os atos ou omissões podem ainda não ser reconhecidos pelo direito penal de um Estado, mas são internacionalmente reconhecidos como violações a direitos humanos.¹⁶³

O conceito que será adotado ao longo do presente capítulo é o da Declaração mencionada, pois, em primeiro lugar, ele é mais restrito e bem-definido do que a proposta apresentada anteriormente e, acima de tudo, há a menção expressa a violações do direito internacional dos direitos humanos, de importância fundamental ao trabalho como um todo.¹⁶⁴ Ademais, os diferentes documentos internacionais que tratam sobre o direito a reparação também adotam uma definição de vítima semelhante à da Declaração, da mesma forma como tribunais internacionais fazem referência a essa mesma Declaração, entre eles a CIDH.¹⁶⁵

3.1.3 – A reparação como gênero.

No que diz respeito a violações de direitos humanos, a reparação pode não apenas tomar a forma de indenizações, havendo outras modalidades possíveis, como a satisfação, a cessação do ilícito e as garantias de não-repetição, pois, dada a natureza dos direitos violados, as reparações meramente pecuniárias podem ser insuficientes.¹⁶⁶ Nesse sentido, os tribunais de direitos humanos, principalmente a CIDH, têm desenvolvido um extenso e coeso corpo de jurisprudência em reparações individuais e coletivas a violações de direitos humanos. Contudo, por muito tempo esse profundo desenvolvimento na reparação por violações a direitos humanos não encontrou eco no concomitante desenvolvimento do direito penal internacional,¹⁶⁷ pois, conforme afirmado anteriormente, esse mantinha como preocupação

¹⁶³ TORPEY, op. cit., pp. 35-41.

¹⁶⁴ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 6-7.

¹⁶⁵ Ademais, essa definição de vítima também se aproxima à utilizada pelas Regras de Processo e Provas, que regulamentam o Estatuto de Roma do TPI, Cf. SHELTON, “Victim reparations in international criminal law”, pp. 411-414.

¹⁶⁶ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 251-252.

¹⁶⁷ CASSESE, Antonio, “A influência da CEDH sobre as atividades dos tribunais penais internacionais”, CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004, pp. 171-180.

principal o julgamento de criminosos por um modelo de justiça retributiva, dessa forma deixando de lado os direitos e interesses das vítimas de tais crimes de seus familiares.¹⁶⁸

Entre as diversas formas de reparação reconhecidas no direito internacional, existe, conforme visto, a *restitutio in integrum*, que já havia sido priorizada pela CPJI e é tida pelo Projeto da CDI como a melhor opção em termos de reparação, uma vez que permite a completa eliminação da conduta violadora e de seus efeitos, sendo que somente na impossibilidade dessa forma de reparação é que outras formas devem ser implementadas pelo Estado violador à vítima do dano, sendo essa forma de reparação a principal quando se trata de violação de direitos humanos, uma vez que é de extrema dificuldade a preservação dos valores garantidos nas normas de direitos humanos pelo uso de formas de equivalência pecuniária.¹⁶⁹ Contudo, o alcance da *restitutio in integrum* ainda é objeto de debates na doutrina e na jurisprudência internacionais, pois há quem a defina, num sentido mais amplo, como sendo o retorno à situação que *deveria existir*, caso o fato internacionalmente ilícito não tivesse ocorrido, e há quem a defina como o retorno à *situação existente antes* da violação da norma internacional em questão.¹⁷⁰ A diferença fundamental está na possibilidade de um aumento da indenização a ser paga em face do dano emergente e do lucro cessante, fazendo parte da *restitutio in integrum* no sentido mais amplo, atribuindo a ela elementos restitutivos e compensatórios.¹⁷¹ A definição que foi finalmente adotada pela CDI, no artigo 35 do seu Projeto, foi a que considera a *restitutio in integrum* como o retorno ao *status quo ante*, pois ela teria a vantagem de dispensar uma análise hipotética de como a situação seria sem a ocorrência da violação da norma internacional.¹⁷²

Contudo, há algumas dificuldades na implementação desse tipo de reparação. Entre elas, a impossibilidade material de retorno ao *status quo ante* e a impossibilidade jurídica de retorno. No primeiro caso, o exemplo mais claro é o da perda de uma vida, dano que, por definição, não pode ser restituído ou reparado na sua integralidade, restando, nesse caso, a aplicação de demais formas de reparação para satisfazer a vítimas ou seus familiares. No caso de impossibilidade jurídica, um exemplo possível é o trânsito em julgado de uma sentença interna ou internacional, em que as partes acordam não ser possível a restituição de

¹⁶⁸ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 429-430.

¹⁶⁹ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 252-254.

¹⁷⁰ CRAWFORD, *The ILC's Articles on State Responsibility*, p. 213.

¹⁷¹ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II, pp. 171-172.

¹⁷² Artigo 35, Projeto da CDI sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, Cf. CRAWFORD, *The ILC's Articles on State Responsibility*, pp. 213-215

determinado bem na íntegra e adotam uma indenização equitativa em seu lugar.¹⁷³ Contudo, no direito internacional, não se aceita a justificativa de impossibilidade jurídica do direito interno para não adimplir com a obrigação de arcar com reparações, sendo que tanto os tratados internacionais, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quanto a jurisprudência internacional rechaça essa hipótese. Nesse último caso, vale aqui a transcrição de um voto concorrente do Juiz Cançado Trindade em julgamento da CIDH:

*[N]o existe obstáculo o impossibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (animus) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en mérito a la comprensión de que esse modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguarda eficaz de los derechos humanos.*¹⁷⁴

Logo, a *restitutio in integrum* só não seria mesmo uma opção viável no caso da impossibilidade material, pois uma realidade fática, como a morte da vítima, impede o retorno ao *status quo ante*. Ademais, no caso de impossibilidade jurídica, o único caso aceitável, segundo alguns autores, seria se a *restitutio in integrum* em si violasse ou ofendesse uma norma internacional de proteção dos direitos humanos, tanto que o Projeto da CDI lista a impossibilidade material como exceção à reparação integral no Direito Internacional, mas não a impossibilidade jurídica.¹⁷⁵ Uma outra impossibilidade de *restitutio in integrum* é a da excessiva onerosidade, que é baseada na ponderação de interesses do infrator e do lesado para evitar que o ônus da reparação seja desproporcional para o lesado, sendo que o Projeto da CDI menciona entre as possibilidades de onerosidade excessiva um eventual prejuízo à independência política ou à estabilidade econômica do Estado infrator.¹⁷⁶ A meta dessa exceção é impedir que o povo de um determinado Estado seja privado, total ou parcialmente, de seus meios e necessidades básicas de subsistência, devendo ser tal exceção utilizada apenas em circunstâncias especiais.¹⁷⁷ Contudo, uma vez não sendo possível a reparação integral, entram em cena as demais formas de reparação, muitas delas constantes em tratados e

¹⁷³ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 260-261.

¹⁷⁴ CIDH, *Caso La Ultima Tentación de Cristo* – Mérito, sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C, nº 73, Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 40.

¹⁷⁵ Art. 35(a), Projeto da CDI, Cf. RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 262-265.

¹⁷⁶ Art. 35(b), Projeto da CDI.

¹⁷⁷ TOMUSCHAT, Christian. “Reparation in Favor of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law”, in KOHEN, Marcelo G. *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*. Leiden: Nijhoff, 2007, pp. 580-581.

documentos internacionais, bem como na jurisprudência internacional, notadamente a da CIDH.

Uma outra forma de reparação é a cessação de um ilícito internacional, conforme mencionado no artigo 30 do Projeto da CDI sobre responsabilidade internacional, em que o Estado violador da obrigação internacional deve interromper imediatamente sua conduta ilícita, sem prejuízo de outras formas de reparação. Existem dois elementos necessários para que seja possível a cessação da conduta ilícita: em primeiro lugar, a violação da norma internacional deve ser de caráter contínuo; em segundo lugar, a norma internacional violada deve continuar em vigor. Um exemplo possível é nos casos de prisões ilegais ou arbitrárias levadas a cabo por um Estado, em que uma norma internacional de direitos humanos é violada enquanto a vítima permanece ilegalmente encarcerada, cessando a ilicitude da conduta com a libertação do indivíduo.¹⁷⁸ Ademais, a cessação do ilícito é uma forma de reparação que tem influência nos limites e graus das outras formas de reparação possíveis, pois, novamente no caso de uma detenção ilegal ou arbitrária, o tempo de permanência da vítima no cárcere influenciará as demais formas de reparação por danos materiais e morais sofrido pelo detento.¹⁷⁹

Ademais, uma possível forma alternativa de reparação é a satisfação, mencionada pelo Projeto da CDI, e considerada como uma forma de reparação cabível nos casos em que, por exemplo, não houve prejuízo material causado a um Estado, e sim danos à dignidade e à honra do Estado, ou mesmo no caso de um dano meramente jurídico advindo da violação da norma internacional. Portanto, a satisfação é considerada um conjunto de medidas disponíveis ao juiz internacional para que possa aferir no caso concreto qual a reparação devida a um Estado, incluindo a possibilidade do reconhecimento da violação por parte do infrator e de um pedido formal de desculpas, entre outras modalidades mencionadas no Projeto da CDI.¹⁸⁰ No campo específico da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, a satisfação é de extrema importância, uma vez que ela também é usada para reparar danos imateriais ou morais, assumindo muitas vezes o caráter de medidas positivas e obrigações a serem cumpridas pelo Estado violador.¹⁸¹

¹⁷⁸ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 267-269.

¹⁷⁹ SHELTON, Dinah. "Victim Reparations in international criminal law". in KOUFA, Kalliopi (ed.). *The New International Criminal Law: 2001 International Law Session*. Atenas: Sakkoulas, 2001, pp. 424-427.

¹⁸⁰ Art. 37, Projeto da CDI, Cf. CRAWFORD, *The ILC's Articles on State Responsibility*, p. 233.

¹⁸¹ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II, pp. 178-179.

Entre as diversas modalidades de satisfação reconhecidas pelo direito internacional, pode-se mencionar a declaração de ilicitude, seguida da manifestação de pesar pelo violador e um pedido formal de desculpas. Nesse sentido, a própria sentença internacional condenando um Estado por violação a uma norma internacional pode ser considerada uma forma de satisfação, sendo o desdobramento natural dessa forma de satisfação exigir do Estado infrator uma série de medidas e atos simbólicos de reconhecimento da ilicitude de sua conduta.¹⁸² Ademais, para as vítimas de violações de direitos humanos, uma declaração oficial de violação deve ser acompanhada por outras formas de reparação, como a indenização pecuniária por danos morais, tendo em vista a minimização do sofrimento causado pela conduta ilícita.¹⁸³ Outra modalidade de satisfação é o pagamento de somas simbólicas ou *punitive damages*, prática muito comum na jurisprudência dos tribunais norte-americanos, mas que tem certa rejeição por parte de tribunais internacionais, incluindo a CIDH.¹⁸⁴

A teoria dos *punitive damages* adota a estratégia de desestímulo à conduta ilícita, fazendo com que determinada violação levada a cabo por um Estado sirva de exemplo aos demais que cogitem violar determinada norma internacional. Contudo, a própria CDI eliminou do seu Projeto a menção aos *punitive damages* uma vez que diversas dificuldades impediriam sua aplicação no âmbito do direito internacional e da responsabilidade do Estado.¹⁸⁵ Por fim, uma outra modalidade de satisfação são as diversas obrigações de fazer e não-fazer impostas ao Estado infrator, como a reabilitação das vítimas, por meio de apoio médico ou psicológico; o estabelecimento de datas comemorativas em homenagem às vítimas; e, entre uma das obrigações de não-fazer, a suspensão de futuras condutas ilícitas, como, por exemplo, a condenação à morte baseada em lei nacional contrária aos direitos humanos.¹⁸⁶

Outras formas possíveis de reparação são, em primeiro lugar, a indenização, que, conforme visto anteriormente, é uma forma complementar à *restitution in integrum* e só deve ser usada na impossibilidade material daquela, sendo aceita amplamente no direito internacional como uma forma de reparação para danos materiais e morais;¹⁸⁷ e, em segundo lugar, as garantias de não-repetição, que, em termos gerais, são uma salvaguarda contra a

¹⁸² VAN BOVEN, op. cit., pp. 200-202.

¹⁸³ SHELTON, “Victim Reparations in international criminal law”, p. 440.

¹⁸⁴ MCKAY, Fiona, “Civil Reparations in National Courts for Victims of Human Rights Abuse”, in *Justice of Crimes Against Humanity*, LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.), Oxford: Hart, 2006, pp. 296-300.

¹⁸⁵ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 52-58.

¹⁸⁶ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 267-269.

¹⁸⁷ CHENG, op. cit., pp. 236-238.

reiteração do ilícito internacional pelo qual o Estado é responsabilizado, incluindo o dever do Estado de investigar e punir os responsáveis diretos pela violação de direitos humanos, sejam eles agentes do Estado ou não.¹⁸⁸ Uma vez definido a conceito de reparação, principalmente com base na doutrina e jurisprudência internacionais, é necessário agora analisar como o direito à reparação é tratado em diversos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, para, ao fim do capítulo, analisar a jurisprudência da CIDH no desenvolvimento da matéria no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3.2 – O direito a reparação em tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos.

Diversos documentos internacionais e regionais de direitos humanos adotados desde o fim da Segunda Guerra Mundial previam um direito às vítimas de buscarem reparações por danos sofridos em virtude de violações de seus direitos básicos. Muitas vezes, contudo, tais documentos tratavam o direito a reparações de uma forma um tanto quanto indireta, muitas vezes voltada ao exercício desse direito no âmbito interno, fazendo que com a menção específica a reparações e suas diversas modalidades fosse mais uma exceção que uma regra.¹⁸⁹

3.2.1 – *A Carta Internacional de Direitos Humanos.*

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁹⁰ buscava ser um documento de consagração dos direitos humanos pela congregação de diferentes valores e visões de mundo em uma única declaração, representando, dessa forma, uma consciência plural e compartilhada de quais seriam os direitos fundamentais para garantir uma existência digna ao ser humano.¹⁹¹ Inicialmente planejada como a primeira parte de uma carta (*Bill*) internacional de direitos humanos, que englobaria ainda a adoção de uma ou mais convenções e medidas de

¹⁸⁸ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 285-303.

¹⁸⁹ PIOVESAN, op. cit., pp. 8-16.

¹⁹⁰ A Declaração foi adotada e proclamada por Resolução da Assembléia Geral da ONU, UNGA 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948.

¹⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 7-35.

implementação, a Declaração transformou-se em um conjunto de normas de direito internacional consuetudinário que influenciariam o desenvolvimento prático e teórico dos direitos humanos desde sua aprovação pela ONU. A importância da Declaração é ainda maior devido ao fato de que as convenções que comporiam a Carta só viriam a ser criadas 18 anos depois, fazendo com que aquele documento, por muito tempo, fosse a principal referência internacional no campo de proteção e garantia dos direitos humanos.¹⁹²

Contudo, no caso específico do direito a reparações, a Declaração Universal adotou uma fórmula indireta, segundo seu artigo 8:

*Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted by the constitution or by law.*¹⁹³

Ou seja, a garantia dada pela Declaração de “um recurso efetivo” deve ser implementada pelos judiciários nacionais, não havendo menção específica às formas e modalidades de reparações mencionadas anteriormente, como satisfação ou indenização. Isso talvez se explique pelo fato de, à época, reparações por violações a direitos humanos não serem uma prática comum, ou mesmo uma idéia disseminada entre os diversos países e delegados responsáveis pela adoção daquele instrumento.¹⁹⁴ A garantia de justiciabilidade dos direitos humanos parecia, à primeira vista, como sendo uma forma de reparação suficiente para sanar os danos causados pela violação.

Com algumas alterações, essa foi a fórmula adotada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que afirma terem os Estados-parte uma obrigação de garantir recurso efetivo a quaisquer pessoas cujos direitos ou liberdades tenham sido violados, independentemente dessa violação ter sido cometido por pessoas agindo no exercício de funções oficiais. Ademais, o Pacto também prevê que o recurso impetrado por qualquer pessoa deverá ser julgado por uma autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado, que também deverá garantir o cumprimento de uma decisão procedente de tal recurso.¹⁹⁵ Ainda que mantenha a mesma fórmula da Declaração, o Pacto dá um passo adiante ao prever a possibilidade de haver reparações para vítimas de prisões arbitrárias ou ilegais¹⁹⁶ e para vítimas de uma sentença condenatória que seja demonstrada nula pela existência de erro

¹⁹² CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, pp. 35-40.

¹⁹³ Art. 8, Declaração Universal de Direitos Humanos.

¹⁹⁴ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 113-116.

¹⁹⁵ Art. 2(3)(a)(b), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

¹⁹⁶ Art. 9(5), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

judicial.¹⁹⁷ Essa inovação trazida pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos ainda está adstrita à competência nacional dos Estados, pois são eles que devem implementar e garantir o cumprimento da norma, mas a sensível evolução em relação à disposição anterior da Declaração Universal foi de fundamental importância para a consagração do direito das vítimas buscarem reparações pelos danos sofridos.¹⁹⁸ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, não possui previsão específica de recurso efetivo ou de direito a reparação, o que pode se explicar pela resistência que vários países demonstraram a esse documento e à efetivação dos direitos nele garantidos, ainda que seja possível, recomendável e, muitas vezes, necessário o exercício de recursos judiciais para buscar a realização de tais direitos.¹⁹⁹

3.2.2 – *Convenções de direitos humanos do sistema ONU e de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.*

Diversas convenções de direitos humanos posteriores à Carta Internacional de Direitos Humanos também trataram da questão de recurso efetivo e da possibilidade, ainda que muitas vezes indireta, de as vítimas buscarem reparações por terem seus direitos violados. Dessas convenções, uma que se destaca é a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984,²⁰⁰ por ser uma das primeiras convenções internacionais de alcance global a consagrar expressamente o direito a reparações, como se denota da leitura do Artigo 14 da Convenção:

*Every State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act or torture, his dependants shall be entitled to compensation.*²⁰¹

¹⁹⁷ Art. 14(6), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

¹⁹⁸ SHELTON, “Victim reparations in international criminal law”, pp. 384-388. Sobre o do Comitê de Direitos Humanos da ONU, criado pelo Protocolo Adicional do Pacto de Direitos Civis e Políticos, especialmente seu trabalho sobre violações do Art. 2(3) do Pacto, Cf. BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 115-123.

¹⁹⁹ Sobre a questão específica da justiciabilidade desse rol de direitos, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 26-39.

²⁰⁰ A Convenção Contra a Tortura foi adotada e aberta para assinatura e ratificação por Resolução da Assembleia Geral da ONU, UNGA 39/46, de 10 de dezembro de 1984, tendo entrado em vigor em 26 de junho de 1987.

²⁰¹ Art. 14(1), Convenção Contra a Tortura.

Logo, além de prever recursos efetivos às vítimas e exigir do Estado medidas práticas para garantir o direito a recurso e erradicar a prática do tortura dentro do seu território nacional, a Convenção Contra a Tortura dá um passo a mais e prevê expressamente um mecanismo de reparação às vítimas que, ainda que só possa ser aplicado em âmbito nacional, é mais específico e adequado que uma simples referência a recursos efetivos ou remédios processuais.²⁰² O próprio Comitê contra a Tortura, criado pela Convenção, passou a exigir dos Estados não somente o direito a um recurso efetivo, mas o estabelecimento de mecanismos efetivos de indenização às vítimas de tortura.²⁰³

Já a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989,²⁰⁴ afirma que os Estados têm a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de crianças vítimas de qualquer forma de negligência, exploração, abuso, tortura e outras formas de tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como crianças vítimas de um conflito armado.²⁰⁵ Além disso, a Convenção Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965,²⁰⁶ também prevê expressamente a possibilidade das vítimas exercerem nos tribunais nacionais seu direito a reparações adequadas e justas por qualquer dano sofrido como resultado de um ato ou conduta de discriminação.²⁰⁷

No âmbito específico dos instrumentos regionais de direitos humanos, atenção especial deve ser dada à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, pois os instrumentos da Europa e da África fazem apenas referências insuficientes ou indiretas ao direito da vítima buscar reparações. No caso da Convenção Européia de Direitos Humanos, o artigo 13, tratando do direito a um recurso efetivo por ocasião de uma violação, é praticamente uma cópia do disposto no artigo 8 da Declaração Universal, conforme visto acima, enquanto que o artigo 5(5) menciona o direito de uma vítima de prisão ou detenção

²⁰² SHELTON, “Victims reparations in international criminal law”, pp. 388-389.

²⁰³ BOTTIGLIERO, op. cit., p. 125.

²⁰⁴ A Convenção Sobre os Direitos da Criança foi adotada e aberta para assinaturas e ratificações por Resolução da Assembléia Geral da ONU, UNGA 44/25, de 20 de novembro de 1989.

²⁰⁵ Art. 39, Convenção Sobre os Direitos da Criança.

²⁰⁶ A Convenção Para Eliminação da Discriminação Racial foi adotada e aberta para assinaturas e ratificações por Resolução da Assembléia Geral da ONU, UNGA 2106 A(XX), de 20 de dezembro 1965.

²⁰⁷ Art. 6, Convenção Para Eliminação da Discriminação Racial.

ilegal ou arbitrária a uma indenização.²⁰⁸ Por fim, o artigo 41 da Convenção afirma que, se em razão do direito interno de um Estado-parte, a reparação à vítima só puder ser feita parcialmente, se necessário a Corte Européia atribuirá à parte lesada uma justa reparação, tratando-se de um mecanismo intermediário entre a exclusividade do Estado de prover reparações a possibilidade de um tribunal internacional beneficiar diretamente as vítimas.²⁰⁹ Já no que diz respeito à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, além de haver a mesma menção de um direito a recurso do indivíduo às instâncias judiciárias do seu país, esse documento prevê um direito a uma indenização adequada apenas no caso de espoliação de recursos naturais, uma iniciativa um tanto quanto tímida em matéria de reparações a vítimas.²¹⁰

Em matéria de reparações, contudo, o instrumento mais importante no âmbito regional é a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que, em seu artigo 63(1), estabelece que, uma vez determinada a violação de um direito ou liberdade previsto na Convenção, a CIDH determinará que seja garantido à vítima o pleno exercício do direito ou liberdade violado, e poderá decidir pela reparação das conseqüências da medida ou situação que configure a violação aos direitos humanos, bem como o pagamento de indenização à vítima.²¹¹ O caráter inovador dessa disposição pode ser explicado por pelo menos três motivos.

Em primeiro lugar, a garantia do pleno exercício do direito ou liberdade violado é dada pela CIDH, um tribunal internacional, e deve ser seguida pelos tribunais nacionais do Estado da vítima, não sendo mais exclusividade do Estado prestar essa garantia, como em outras convenções internacionais. Em segundo lugar, a Convenção Americana fala em reparação das conseqüências acrescida de uma indenização à vítima, diferenciando as formas de reparação e ainda aventando a possibilidade de cumulação dessas formas quando for adequado. Por fim, como será visto na análise da jurisprudência da CIDH, ela reconhece não

²⁰⁸ JACOBS, Francis G. e WHITE, Robin C. A. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 335-339.

²⁰⁹ BOTTIGLIERO, op. cit., 152-158.

²¹⁰ PIOVESAN, op. cit., pp. 120-124.

²¹¹ SALVIOLI, Fabián Omar. “Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. III, São José da Costa Rica: IIDH, 1995, pp. 156-164.

só haver um direito das vítimas a reparações, mas um dever do Estado em prestá-las advindo da violação da obrigação internacional por ele assumida.²¹²

Logo, analisados todos esses instrumentos internacionais e regionais, pode-se afirmar com convicção haver um princípio de direito internacional tratando sobre reparações por violações de obrigações internacionais, sejam elas devidas por um Estado em relação aos outros, ou, como se buscou salientar ao longo das últimas páginas, sejam elas devidas pelo Estado às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, tratando-se ou não de seus nacionais. Contudo, uma das maiores contribuições para a consagração da reparação no direito internacional ainda não foi mencionada, especialmente por não se tratar de um tratado ou convenção *stricto sensu*, mas sim uma resolução da Assembleia Geral da ONU contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de direitos humanos e direito humanitário internacional.

3.2.3 – Os Princípios Básicos do Direito à Reparação das Vítimas de Violações de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.

Em 1989, a Sub-Comissão para Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias da ONU decidiu tratar da questão específica de reparações às vítimas de graves violações de direitos humanos. Para tanto, o Professor Theo Van Boven foi incumbido da tarefa de realizar um estudo sobre o direito a restituição, indenização e reabilitação para as vítimas de graves violações de direitos humanos e liberdades fundamentais.²¹³ O estudo levado a cabo por Van Boven acabou gerando um projeto de princípios e recomendações sobre reparações, sendo que a primeira versão desse projeto, de 1993, apresentava uma lista exemplificativa de crimes internacionais que gerariam a responsabilidade do Estado de arcar com as reparações por graves violações, como genocídio, escravidão, execuções sumárias, tortura, desaparecimentos forçados, detenções arbitrárias ou ilegais deportação e discriminação sistemática.²¹⁴

Na versão de 1997, a última das elaboradas por Van Boven, tanto o adjetivo “graves” quanto a lista exemplificativa de crimes foram retirados para que fosse ampliado o âmbito de

²¹² SHELTON, Dinah. “Reparations in the Inter-American System”. HARRIS, David J.; LIVINGSTONE, Stephen (eds.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, pp. 151-153 e 169-172.

²¹³ Resolução 1989/13 da Sub-Comissão, de 31 de agosto de 1989.

²¹⁴ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julho de 1993.

aplicação dos princípios e para que eles fossem adaptados aos termos do mandato do relator, que era o de elaborar princípios e recomendações de natureza geral, tendo, portanto, sido retirada qualquer menção expressa a crimes internacionais nessa terceira versão.²¹⁵ No projeto, não havia apenas a requisição de os Estados garantirem recursos efetivos às vítimas de violações, mas também era mencionado expressamente o direito de acesso a sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Por fim, uma das últimas alterações da terceira versão do projeto foi incluir também violações do direito internacional humanitário no contexto do estudo,²¹⁶ tendo sido essa versão final submetida à Comissão de Direitos Humanos da ONU no próprio ano de 1997.

Procurando continuar o trabalho iniciado pelo projeto de Van Boven, em 1998 a Comissão de Direitos Humanos decidiu nomear um especialista independente para elaborar uma versão revisada do projeto visando à adoção do mesmo pela Assembléia Geral da ONU.²¹⁷ Foi nomeado o Professor M. Cherif Bassiouni, autor consagrado tanto no campo do direito internacional dos direitos humanos quanto do direito penal internacional, e que, em seu primeiro relatório, de 1999, tratou de questões terminológicas para dar mais consistência ao texto, bem como de questões relacionadas a reparações que ainda não haviam sido tratadas pelas versões anteriores do projeto.²¹⁸

No segundo relatório apresentado por Bassiouni, ele anexou uma versão revisada do projeto de Van Boven, intitulada “Princípios Básicos e Orientações sobre o Direito a Recurso e Reparções para Vítimas de Violações de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário”, dessa forma abarcando violações de direitos humanos em diversos níveis.²¹⁹ Ademais, no campo específico dos crimes internacionais, o relatório tratava de duas obrigações internacionais dos Estados: em primeiro lugar, o Estado tem o dever de julgar e punir os responsáveis por tais crimes e de cooperar com os órgãos judiciais adequados na investigação e julgamento das violações; e em segundo lugar, o Estado tem a obrigação de incorporar ao seu direito doméstico disposições apropriadas sobre jurisdição

²¹⁵ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/104, de 16 de janeiro de 1997.

²¹⁶ SHELTON, Dinah. “The UN Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”. DE FEYTER, K., PERMENTIER, S., BOSSUYT, M. e LEMMENS, P. (eds.) *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 15-17.

²¹⁷ Resolução da Comissão de Direitos Humanos, 1998/43, Cf. ECHEVERRÍA, Gabriela. “Codifying the Rights of Victims in International Law: Remedies and Reparation”. *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*. Oxford University Press, 2006, pp. 288-289.

²¹⁸ UN Doc. E/CN.4/1999/65, de 8 de fevereiro de 1999.

²¹⁹ UN Doc. E/CN.4/2000/62, de 18 de janeiro de 2000.

universal e adotar leis que facilitem a extradição de criminosos internacionais e a assistência judicial na busca de uma justiça internacional. Outras inovações em relação às versões anteriores do projeto incluíam a adoção de uma definição de “vítima” muito semelhante à da Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, de 1985, mencionada anteriormente, e uma previsão dedicada à questão da execução de sentenças nacionais e estrangeiras de reparações a vítimas.²²⁰

Uma vez entregue o relatório final de Bassiouni sobre os princípios básicos sobre reparações, o Alto Comissariado de Direitos Humanos promoveu a circulação do projeto para comentários dos Estados e, em Genebra, no ano de 2002, juntamente com o Governo do Chile, convocou uma série de consultas internacionais com Estados, organizações internacionais e ONGs sobre o texto, contando com a presença de Van Boven e Bassiouni.²²¹ O relatório final dessa série de consultas, feito pelo coordenador Alejandro Salinas, do Chile, foi entregue à Comissão de Direitos Humanos em 2003, sendo que a mesma determinou que o coordenador preparasse mais uma versão do projeto, juntamente com Van Boven e Bassiouni, para uma segunda série de consultas, realizada no mesmo ano. Essa segunda série resultou na adoção de um projeto e de uma proposta conjuntamente elaborada por Van Boven, Bassiouni e Alejandro Salinas tocando questões polêmicas surgidas durante as discussões, como a mudança do título do documento para excluir referências ao direito internacional humanitário e a inclusão de uma definição de “graves violações de direito internacional”.²²² Finalmente, após uma terceira série de consultas, em 1º de outubro de 2004 foi produzida a versão final do projeto, aprovada pela Comissão de Direitos Humanos²²³ e, posteriormente, pela Assembléia Geral da ONU, em 2005.²²⁴

Depois de dezesseis anos de negociações, propostas e projetos, finalmente foi aprovado um documento internacional compilando a matéria de reparações a vítimas de direitos humanos, mas não sem algumas dificuldades. Entre elas, o fato de os Princípios Básicos serem aplicáveis apenas a “graves violações”, algo que certamente limitaria seu alcance em relação às vítimas. Contudo, durante as negociações foi acordado que essa especificação era necessária para que o texto também pudesse referir-se a violações do direito

²²⁰ TOMUSCHAT, “Reparation in Favour of Individual Victims”, pp. 569-571.

²²¹ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 180-184.

²²² SHELTON, “UN Principles and Guidelines on Reparations”, pp. 19-23.

²²³ Resolução da Comissão de Direitos Humanos da ONU 2005/35, UN Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.11, de 19 de abril de 2005.

²²⁴ Resolução da Assembléia Geral da ONU, UN Doc. A/Res/60/147, de 16 de dezembro de 2005.

internacional humanitário, conforme constantes nas Convenções de Genebra de 1949. Outra discussão foi sobre o fato de alguns Estados, notadamente os Estados Unidos, serem contrários à menção expressa ao direito internacional humanitário, pois entendiam que a Comissão de Direitos Humanos da ONU não tinha autoridade para lidar com essa área do direito internacional totalmente distinta dos direitos humanos. Felizmente, essa opinião não foi compartilhada pela maioria dos Estados, pois o direito à reparação também deveria ser exercido contra violações ocorridas durante um conflito armado. Em suma, as discussões giravam em torno dos Princípios Básicos tratarem de reparações por ocasião de crimes internacionais, tendo sido essa a idéia finalmente adotada pela Comissão de Direitos Humanos e, posteriormente, pela Assembléia Geral da ONU.²²⁵

Nesse sentido, é importante notar que no preâmbulo dos Princípios Básicos há referência direta ao TPI e ao mecanismo de reparações às vítimas do Estatuto de Roma:

*Noting that the Rome Statute of the International Criminal Court requires the establishment of “principles relating to reparation to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation” and requires the Assembly of States Parties to establish a trust fund for the benefit of victims, and mandates the Court “to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims” and to permit the participation of victims at all “stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court” (...).*²²⁶

Essa cláusula preambulatória demonstra haver no documento uma preocupação dos responsáveis pelos Princípios Básicos com o trabalho a ser desenvolvido pelo TPI em matéria de reparações, sendo a recíproca dessa afirmação comprovada pelo uso das versões anteriores dos Princípios Básicos nas etapas de negociação do Estatuto de Roma.²²⁷ Para uma análise mais aprofundada do conteúdo desse documento, será de extrema utilidade uma publicação da REDRESS, uma ONG inglesa que busca auxiliar vítimas de tortura, comentando sobre os Princípios Básicos, sua utilidade em âmbito nacional e internacional e, também, sua aplicação ao Direito Penal Internacional.²²⁸

No tópico das vítimas, como referido anteriormente, a definição adotada pelos Princípios Básicos é muito semelhante à da Declaração de 1985, mas conta com um adicional importante: uma pessoa, física ou jurídica, será considerada vítima independentemente do

²²⁵ ECHEVERRÍA, op. cit., pp. 290-294.

²²⁶ Princípios Básicos, parágrafo 6 do preâmbulo.

²²⁷ ECHEVERRÍA, op. cit., p. 286.

²²⁸ REDRESS. *Implementing Victims Rights: A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation*. Londres: REDRESS, março de 2006, pp. 11-14.

responsável pela violação ser identificado, preso, julgado ou condenado e independentemente da relação de parentesco entre o responsável pela violação e a vítima.²²⁹ Logo, a condição de vítima, elemento fundamental para haver o direito à reparação, demonstra que deve haver o direito à reparação mesmo nos casos em que as autoridades judiciais não tenham reconhecido a responsabilidade pelas violações. Esse ponto é de fundamental importância, por exemplo, no contexto de uma guerra civil em que as vítimas não têm condições de identificar os perpetradores dos crimes, o que, em princípio, impediria uma ação penal contra os mesmos.²³⁰ Ademais, a definição de vítima dos Princípios Básicos também abarca os familiares mais próximos e pessoas dependentes da vítima entre os possíveis beneficiários das reparações, mantendo a referência ampla o suficiente para incluir casos em que a poligamia é freqüente ou em que a estrutura familiar em questão responde a regras diferentes do padrão ocidental consolidado.²³¹

É importante notar que os Princípios Básicos se referem às relações entre Estados e indivíduos, dando maior atenção às obrigações internacionais que aqueles assumem frente a esses.²³² Em termos gerais, a obrigação primária assumida pelo Estado é a de não violar os direitos humanos dos indivíduos, ou seja, *um dever de abstenção*, enquanto que a obrigação secundária é a de garantir o respeito a tais direitos, *um dever de proteção*, sendo que esta última pode ser dividida em quatro obrigações específicas: a prevenção das violações; a investigação, julgamento e punição dos responsáveis; o acesso efetivo à justiça para todos os indivíduos alegando violações; e disponibilização de reparações para as vítimas.²³³ Portanto, a maior parte do documento dá atenção às obrigações de proteção dos direitos humanos, sempre procurando adotar a *visão da vítima* do que a reparação deve alcançar.²³⁴

Na questão da prevenção das violações, a posição adotada pelos Princípios Básicos é a mesma de diversos outros documentos internacionais, como a Convenção Contra a Tortura, ao estabelecer que não é suficiente que os Estados simplesmente criem leis proibindo, por exemplo, o crime de tortura, devendo tomar todas as medidas necessárias para garantir que tais atos não ocorram na prática, como o treinamento e monitoramento de policiais

²²⁹ Princípios Básicos, parágrafo 9.

²³⁰ REDRESS, *Implementing Victims' Rights*, pp. 15-16.

²³¹ VAN BOVEN, op. cit., pp. 198-199.

²³² TOMUSCHAT, "Reparation in Favour of Individual Victims", p. 573.

²³³ REDRESS, *Implementing Victims' Rights*, pp. 20-21.

²³⁴ TORPEY, op. cit., pp. 41-45.

encarregados do tratamento de um prisioneiro, ou o acesso imediato de um acusado a advogados e órgãos da justiça para detalhar as condições de sua detenção.²³⁵ Muitos outros exemplos podem ser citados, mas a idéia geral é a de que esse tipo de salvaguarda pode fazer cessar as violações existentes e prevenir a ocorrência de condutas futuras, sendo a primeira dimensão do acesso das vítimas à justiça em seu sentido mais amplo, ou seja, a existência de garantias legais, institucionais e efetivas de que condutas violatórias dos direitos humanos serão prevenidas pelo aparelho estatal.

Já a investigação, o julgamento, e a punição dos responsáveis dizem respeito à dimensão penal dos Princípios Básicos, pois o Estado assume a obrigação de buscar os responsáveis diretos da violação em questão, como no caso mencionado de tortura de um detento. Mesmo que, no plano internacional, a responsabilidade pela violação seja do Estado, ele tem o dever de *lutar contra a impunidade dos perpetradores da violação*, independentemente da posição ocupada por um deles,²³⁶ como pode ser ilustrado no caso do então Senador Augusto Pinochet e seu pedido de extradição da Inglaterra para a Espanha. Nesse caso específico, os tribunais ingleses tiveram de decidir se, pelo fato de ser Senador-Vitalício do Congresso do Chile e dos crimes de tortura pelos quais era acusado terem sido cometidos enquanto era presidente do Chile, Pinochet teria direito à imunidade diplomática que impediria sua extradição. Depois de dois julgamentos, foi decidido que não havia imunidade de chefes de Estado em caso de tortura, com base na Convenção de 1984.²³⁷ Esse caso ilustra muito bem o fato de que a busca pelos responsáveis não deve ser impedida por questões políticas ou geográficas, conforme demonstrado pelos Princípios Básicos:

*In cases of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law constituting crimes under international law, States have the duty to investigate and, if there is sufficient evidence, the duty to submit to prosecution the person allegedly responsible for the violations and, if found guilty, the duty to punish him or her. Moreover, in these cases, States should, in accordance with international law, cooperate with one another and assist international judicial organs competent in the investigation and prosecution of these violations.*²³⁸

A exigência adicional de cooperação com outros Estados e com tribunais internacionais para a investigação e julgamento de crimes internacionais, além da

²³⁵ SHELTON, “Victim reparations in international criminal law”, pp. 396-399.

²³⁶ TOMUSCHAT, “Reparation in Favour of Individual Victims”, pp. 574-575.

²³⁷ Para um interessante relato de um participante direto dos julgamentos sobre a extradição de Pinochet na Inglaterra, Cf. SANDS, *Lawless World*, pp. 23-45.

²³⁸ Princípios Básicos, parágrafo 4.

recomendação sobre facilitar a extradição ou entrega de acusados para os órgãos competentes, são de especial importância no que diz respeito ao TPI, pois, ainda que seja uma regra que os Estados têm a primazia jurisdicional sobre crimes internacionais, os mesmo podem ser julgados por tribunais internacionais face à incapacidade ou a falta de disposição da jurisdição nacional, como no caso do TPI e do princípio da complementaridade.²³⁹ Dois outros acréscimos interessantes apresentados pelos Princípios Básicos são as exigências feitas para os Estados incorporarem ou implementarem em seus sistemas legais nacionais disposições sobre jurisdição universal e para não prescreverem graves violações de direitos humanos e direito internacional humanitário, pois isso serviria apenas para perpetuar o sentimento de injustiça e impunidade nas vítimas.²⁴⁰

Já quanto ao acesso efetivo à justiça, os Princípios Básicos incentivam os Estados a assumirem o compromisso de tornarem públicas as informações sobre os recursos disponíveis às vítimas, de proteger as vítimas, seus representantes, seus familiares e testemunhas de qualquer forma de intimidação ou retaliação, de proporcionar os meios legais e diplomáticos para que as vítimas possam exercer seus direitos a um recurso efetivo, entre outras possíveis ações mencionadas no texto.²⁴¹ Nesse sentido, a revogação de um recurso fundamental como o *habeas corpus* e sua substituição por um recurso de natureza meramente administrativa e não judicial é considerada uma medida insuficiente para proporcionar às vítimas o acesso à justiça.²⁴²

Ademais, os Princípios Básicos também tratam das demandas coletivas, incentivando os Estados a desenvolverem ferramentas institucionais que possibilitem a grupos de vítimas o direito de apresentar pedidos de reparações e de receber as mesmas quando assim for determinado por um órgão judicial competente. A questão das reparações coletivas é de fundamental importância no contexto da justiça penal internacional, dada a gravidade e a extensão de crimes como o genocídio, por exemplo, em que o número de vítimas é geralmente de grandes proporções.²⁴³ Nesse sentido, as reparações individuais são muitas vezes insuficientes para reverter os danos causados pelos crimes, havendo, portanto, a necessidade de mecanismos coletivos que, se não repararem todos os danos sofridos por uma vítima

²³⁹ MAIA, op. cit., pp. 77-84.

²⁴⁰ REDRESS, *Implementing Victims' Rights*, pp. 25-30.

²⁴¹ Ibidem, p. 32.

²⁴² PIOVESAN, op. cit., pp. 30-31.

²⁴³ ECHEVERRÍA, op. cit., pp. 294-297.

específica, têm a capacidade de alcançarem um número maior de pessoas, freqüentemente beneficiando toda uma comunidade vitimada pelos crimes em questão.²⁴⁴

Por fim, os Princípios Básicos tratam especificamente das reparações às vítimas e das diferentes formas pelas quais os danos causados pelas violações podem ser sanados. Para tanto, o texto utiliza uma classificação um pouco diferente da descrita anteriormente, mas que, em linhas gerais, abarca todas as possíveis formas de reparação reconhecidas pelo direito internacional.²⁴⁵ O documento também estabelece que *a reparação deverá ser proporcional à gravidade da violação e ao dano sofrido*, tratando-se de um princípio fundamental na determinação das reparações, pois a idéia não é a de um eventual enriquecimento sem causa da vítima ou da ruína econômica do Estado ou do responsável direto pela violação: a extensão da reparação é a medida da violação cometida e do dano ocorrido.²⁴⁶ Ademais os Estados assumem a obrigação de executar sentenças nacionais e estrangeiras determinando reparações às vítimas, uma determinação que, apesar de não haver menção expressa, também inclui sentenças e decisões de tribunais internacionais, havendo a necessidade dos Estados incluírem em sua legislação nacional instrumentos efetivos para a execução dessas sentenças.²⁴⁷

Os Princípios Básicos estabelecem cinco formas de reparação, enumeradas e desenvolvidas dos parágrafos 19 a 23 do documento: restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não-repetição. Uma vez já tendo sido essas formas descritas antes, cumpre aqui apenas fazer alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, a noção de dano adotada pelos Princípios Básicos é suficientemente ampla para abarcar, por exemplo, o dano moral, a perda de chances e oportunidades e eventuais gastos com saúde ou assistência judiciária por parte das vítimas.²⁴⁸ Além disso, está presente a idéia do direito das vítimas saberem a *verdade sobre uma violação ocorrida*, como onde foram enterrados os corpos de vítimas, ou qual foi o tratamento dado a uma vítima mantida sob custódia do Estado sem comunicação com a sua família.²⁴⁹ Outra forma de reparação, mencionado no texto como uma garantia de não-repetição das violações, é a educação em direitos humanos e direito internacional humanitário para diversos setores da sociedade, em especial para agentes

²⁴⁴ VAN BOVEN, op. cit., pp. 208-209.

²⁴⁵ SHELTON, “Victim reparations in international criminal law”, pp. 423-430.

²⁴⁶ CHENG, op. cit., pp. 237-241.

²⁴⁷ Princípios Básicos, parágrafo 17.

²⁴⁸ Princípios Básicos, parágrafo 20. Cf. SHELTON, “Victim reparations in international criminal law”, pp. 439-441.

²⁴⁹ PINTO, op. cit., pp. 13-18.

policiais e membros das forças armadas do Estados, pois como responsáveis diretos pela segurança pública, devem ser os primeiros a guardarem respeito pelos direitos dos cidadãos.²⁵⁰

Em suma, os Princípios Básicos demonstram sua importância por lembrarem que a vítima é o ponto de partida para o desenvolvimento e aplicação do direito à reparação; por esclarecerem eventuais dúvidas e questões terminológicas e permitirem uma aplicação consistente do direito à reparação; por refletirem padrões e princípios de aplicação universal; e por garantirem que a extensão da reparação deverá ser proporcional à gravidade do dano sofrido pela vítima.²⁵¹ Ademais, ainda que esse documento não tenha força vinculante sobre os Estados por tratar-se de uma resolução da Assembléia Geral da ONU, ele veio consolidar e codificar os princípios existentes no direito internacional costumeiro e convencional sobre reparações, bem como a prática de cortes internacionais.²⁵² Logo, para averiguar a aplicação desses princípios na prática, deve-se analisar a jurisprudência da CIDH em matéria de reparações a vítimas de violações de direitos humanos.

3.3 – A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações às vítimas.

Desde que foi criada, em 1979, a CIDH tornou-se o principal órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tendo já proferido mais de uma centena de decisões relativas a exceções preliminares, competência, mérito, reparações e interpretações de sentença.²⁵³ De todas essas questões, as que assumem maior importância no contexto do presente trabalho são, obviamente, as decisões concernentes às reparações por violações de direitos humanos, pois a CIDH tem sido pioneira no desenvolvimento e expansão do direito à reparação para as vítimas, notadamente a partir da segunda metade da década de 1990, quando suas decisões transcenderam as formas mais comuns de reparação, como a

²⁵⁰ Princípios Básicos, parágrafo 23.

²⁵¹ REDRESS, *Implementing Victims' Rights*, pp. 41-42.

²⁵² TOMUSCHAT, "Reparation in Favour of Individual Victims", pp. 582-588.

²⁵³ Sobre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, pp. 27-111 e Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "The Operation of the Inter-American Court of Human Rights". HARRIS, David J.; LIVINGSTONE, Stephen (ed.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, pp. 131-149.

indenização, e passaram a abarcar inclusive categorias novas de dano e de reparações.²⁵⁴ Para a análise, serão escolhidos alguns casos marcantes na jurisprudência da CIDH para uma análise mais detalhada, também havendo menção a outras decisões em que a Corte tenha decidido da mesma forma.²⁵⁵

3.3.1 – O Caso *Velásquez Rodríguez*.

O primeiro caso a ser tratado é o *Caso Velásquez Rodríguez*, originado de uma representação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra Honduras, justamente o primeiro julgamento de mérito proferido pela CIDH, em 29 de julho de 1988, sendo que a Corte fixou as reparações em 21 de julho do mesmo ano. Os fatos do caso descrevem uma realidade muito recorrente nas ditaduras militares da América Latina, principalmente nas décadas de 1970 e 1980: a prática de desaparecimentos forçados de supostos opositores do regime. Em 12 de setembro de 1981, o estudante universitário Angel Manfredo Velásquez Rodríguez foi detido de forma violenta e sem mandado de prisão por membros das Forças Armadas de Honduras. Várias testemunhas presenciais afirmaram tê-lo visto sendo levado juntamente com outras pessoas para um centro de detenção em que foi submetido a tortura e a interrogatórios cruéis para confessar crimes políticos pelos quais estava sendo acusado. Contudo, policiais, militares e membros do corpo de segurança de Honduras negaram a ocorrência de sua detenção.²⁵⁶

Depois do Estado argüir exceções preliminares alegando que não houve o esgotamento de recursos internos, entre outros pontos, a CIDH afastou as exceções e procedeu ao exame do mérito. Em primeiro lugar, a Corte analisou o fato do recurso de *habeas corpus* poder ser

²⁵⁴ SALVIOLI, op. cit., pp. 156-161; CASSEL, Douglas. “The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights”. DE FEYTER, K., PERMENTIER, S., BOSSUYT, M. e LEMMENS, P. (ed.) *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 191-194.

²⁵⁵ Optou-se por não analisar toda a jurisprudência da CIDH e apenas alguns casos especiais em razão do foco do trabalho ser o regime de reparações às vítimas no âmbito do TPI, servindo as decisões da CIDH como um possível modelo jurisprudencial a ser seguido pela Câmaras do TPI para determinar reparações às vítimas dos crimes sob a sua jurisdição. Para um exame detalhado da jurisprudência da Corte até 2004, Cf. RAMÍREZ, Sergio García. “La Jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Reparaciones”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Um Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 1-85.

²⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 118-127.

considerado um recurso adequado e eficaz no caso de Velásquez Rodriguez. Os recursos disponíveis às vítimas foram considerados ineficazes pela Corte, pois um remédio é ineficaz quando se demonstra que eles são rechaçados sem um exame de validade dos mesmos, ou quando se comprova a existência de uma prática disseminada ou tolerada pelo poder público, que tem como meta impedir a plena utilização de um determinado recurso interno pelas pessoas.²⁵⁷

Ademais, foi provado que em Honduras, especialmente de 1981 a 1984, entre 100 e 150 pessoas desapareceram, sendo que tais operações eram levadas a cabo por agentes militares ou policiais, ainda que o Estado negasse veementemente a detenção dessas pessoas, mesmo daquelas que posteriormente reapareceram nas mãos das mesmas autoridades acusadas da violação. Como no caso específico de Velásquez Rodriguez mais de sete anos se passaram entre seu desaparecimento e a sentença da CIDH sem que qualquer informação sobre seu paradeiro fosse revelada por Honduras, pôde-se presumir que o mesmo se encontrava morto.²⁵⁸ Logo, a Corte entendeu que houve violações à liberdade pessoal da vítima, à sua integridade pessoal e também à sua vida, sendo, portanto, necessário que o Estado hondurenho indenizasse a vítima pelas conseqüências prejudiciais da sua conduta.²⁵⁹

Em sua decisão sobre a reparação devida, a CIDH analisou os pedidos do cônjuge de Velásquez Rodriguez, a Sra. Emma Guzmán de Velásquez, para que a Corte ordenasse ao Estado, entre outras coisas, a cessação definitiva das desapareções forçadas, a investigação de todos os casos pendentes, a criação de fundos de pensão para os pais dos desaparecidos e de fundos de educação até o nível universitário para os filhos. Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos focou seus pedidos no pagamento de indenizações à esposa e aos filhos da vítima, tanto por danos morais quanto materiais, bem como uma manifestação pública de desculpas e de repúdio às desapareções forçadas, entre outros pedidos apresentados. O Estado hondurenho, por sua vez, ofereceu um montante de indenização bastante reduzido em relação aos pedidos da família da vítima e da Comissão.²⁶⁰

A CIDH, em primeiro lugar, decidiu que não poderia acatar o argumento do Estado de que a morte de Velásquez Rodriguez havia sido uma morte acidental, por conseguinte afastando os critérios previdenciários ordinários fornecidos pelo Estado. Logo, a indenização

²⁵⁷ CIDH, *Caso Velásquez Rodriguez* – Mérito, sentença de 29 de julho de 1988, Série C, n. 4, parágrafo 68.

²⁵⁸ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, pp. 134-136.

²⁵⁹ CIDH, *Caso Velásquez Rodriguez* – Mérito, sentença de 29 de julho de 1988, Série C, n. 4, parágrafo 175.

²⁶⁰ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, p. 138.

foi fixada levando em consideração a projeção das percepções da vítima ao longo de sua vida, estimada com base na expectativa de vida hondurenha, tendo sido o montante final dos lucros cessantes estabelecido no valor de 500.000 lempiras. Quanto à indenização por danos morais, extensamente comprovados ante a angústia e depressão sofridas pelos familiares da vítima, foi fixado por equidade o montante de 250.000 lempiras, a serem divididas igualmente entre o cônjuge e os três filhos da vítima, tendo a Corte determinado a criação de um fundo fiduciário em benefício dos filhos no Banco Central de Honduras nas condições mais favoráveis segundo a prática bancária hondurenha. Os filhos da vítima receberiam pagamentos mensais desse fundo até completarem a idade de 25 anos.²⁶¹

Em segundo lugar, além da indenização pecuniária, a Corte estipulou reparações consistentes em *obrigações de fazer*, tendo o Estado a obrigação de investigar e punir os responsáveis diretos pelo desaparecimento de Velásquez Rodriguez, sustentando ainda a Corte a necessidade de combater a impunidade como forma de *garantia de não-repetição da violação*.²⁶² Quanto aos pedidos públicos de desculpas pelo ocorrido, a Corte entendeu que a *própria sentença internacional* condenando o Estado era uma forma adequada de prestar uma retribuição moral à vítima e seus familiares.

Essa, contudo, não foi a última manifestação da Corte em relação ao caso Velásquez Rodriguez, pois, com base no artigo 67 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão solicitou esclarecimento da sentença sobre reparações no caso. A dúvida dizia respeito aos parágrafos 57 e 58 da sentença sobre reparações, pois ela não previa nenhum mecanismo para manter o poder aquisitivo do montante indenizatório determinado pela Corte, o que era de fundamental importância face à realidade inflacionária comum à maioria dos países da América Latina durante a década de 80. Sob os protestos de Honduras, que alegava ser a sentença muito clara no valor da indenização independentemente dos índices inflacionários, a Corte, com base no princípio da *restitutio in integrum*, decidiu por unanimidade que a indenização deveria ser de acordo com os valores do prejuízo sofrido, e não com a sua expressão monetária no momento da sentença, devendo a atualização segundo os índices inflacionários ser mantida até a extinção do fundo fiduciário criado em benefício dos filhos da vítima.²⁶³

²⁶¹ CIDH, *Caso Velásquez Rodriguez* – Reparaciones, sentença de 21 de julho de 1989, Série C, n. 8, parágrafos 50, 57 e 58.

²⁶² CASSEL, op. cit., 195-198.

²⁶³ CIDH, *Caso Velásquez Rodriguez* – Reparaciones, sentença de 21 de julho de 1989, Série C, n. 8, parágrafo 20.

A importância fundamental do caso Velásquez Rodríguez é justificada por diversos motivos. Primeiramente, foi um marco na história da proteção internacional dos direitos humanos por ter sido a primeira decisão de um tribunal internacional responsabilizando um Estado latino-americano por violações de direitos humanos, demonstrando que tais violações até poderiam permanecer impunes no âmbito nacional, mas que se houvesse prova da responsabilidade internacional do Estado, a Corte não hesitaria em determiná-la.²⁶⁴ Além disso, em sua primeira sentença sobre reparações, a Corte, ainda que tenha dedicado maior atenção às indenizações devidas à família da vítima, incluiu também na sua decisão a exigência do Estado hondurenho de investigar e punir os responsáveis diretos pela violação como uma obrigação de fazer, uma forma de reparação complementar às indenizações.²⁶⁵ Por fim, a decisão da Corte é de extrema relevância para o presente trabalho uma vez que estabeleceu a criação de um *fundo fiduciário em benefício dos familiares da vítima*, pois essa instituição é destinada a manter e até mesmo aumentar o valor real dos recursos depositados. Logo, um fundo fiduciário é a melhor forma de administrar recursos que estejam destinados às vítimas e seus familiares, pois não há a perda de poder aquisitivo, sendo que o fideicomisso tem o poder e o dever de buscar as melhores formas de investimento do valor depositado para satisfazer as necessidades dos beneficiários do fundo.²⁶⁶

3.3.2 – O Caso Aloeboetoe.

Outro caso de fundamental importância na jurisprudência da CIDH é o *Caso Aloeboetoe*, movido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Suriname e decidido pela Corte em 2 de dezembro de 1991, sendo que a sentença sobre reparações data de 10 de setembro de 1993. De acordo com os fatos do caso, em 1987 cerca de vinte homens desarmados da etnia indígena maroon encontravam-se no vilarejo de Pokegron, em Atjioni, quando foram detidos e agredidos por um grupo de soldados, sob a acusação de serem membros de um grupo guerrilheiro. Mesmo tendo os maroons alegado que estavam no vilarejo somente de passagem e que não tinham nenhuma vinculação com referido grupo guerrilheiro, alguns dos detidos foram gravemente feridos por baionetas e facas, tendo sido

²⁶⁴ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, pp. 141-145.

²⁶⁵ CASSEL, op. cit. pp. 194-196 e 203.

²⁶⁶ SHELTON, “Reparations in the Inter-American System”, pp. 155-158.

obrigados a deitar no chão, ao que os soldados pisaram e urinaram sobre os indígenas. Após tais eventos, os maroons foram liberados para seguir viagem, exceto sete deles, incluindo um jovem de 15 anos de idade, que foram vendados e colocados a bordo de um veículo militar, sendo que, em determinado momento da viagem, os detentos desceram do veículo e foram obrigados a cavar uma cova. Um maroon tentou fugir e foi ferido a tiros pelos militares, tendo sido largado no local e dado como morto, enquanto que os outros seis indígenas foram mortos a tiros e enterrados no local. Com base no relato do maroon sobrevivente, Aside Ameikanbuka, bem como nos depoimentos de outras pessoas que testemunharam os eventos em Atjioni, a Comissão Interamericana foi acionada e posteriormente levou o caso à CIDH.²⁶⁷

Um dos aspectos mais interessantes desse caso é que o Suriname, depois de inicialmente ter negado a sua responsabilidade internacional pelas violações relatadas, *aceitou sua responsabilidade pelas conseqüências do caso* em uma audiência pública ocorrida em 2 de dezembro de 1991, sendo que a Corte entendeu que, uma vez tendo o Estado reconhecido o pedido da Comissão, caberia apenas a apreciação do conteúdo das reparações.²⁶⁸ Com base nessa determinação da Corte, a Comissão apresentou provas e argumentos sustentando que o Estado deveria reparar os danos materiais e morais causados, bem como fazer um pedido formal de desculpas à comunidade indígena Saramaca atingida pelas violações e cumprir diversas obrigações de fazer, como a reabertura de uma escola e instalação de um posto médico na região dos saramacas e a entrega dos restos das vítimas para seus familiares.²⁶⁹

O Suriname, em sua resposta, alegou que, no presente caso, a indenização deveria abarcar fundamentalmente medidas de caráter não-financeiro, incluindo facilidades na aquisição de moradia própria e benefícios nas áreas da seguridade social, saúde e educação. Além disso, o Estado alegou que as indenizações pecuniárias propostas pela Comissão estavam fora da sua realidade econômico-social, e que, se outorgadas pela Corte, empobreceriam ainda mais o Suriname.²⁷⁰ Uma vez apresentados os argumentos das partes, a Corte procedeu à sentença sobre reparações, inicialmente abordando as noções gerais sobre reparações no direito internacional.

²⁶⁷ Entre os maroons levados pelos militares, estavam Daison Aloeboetoe, Dedemanu Aloeboetoe e Mikuwendje Aloeboetoe, sendo esta a origem do nome que consagrou o caso, Cf. RAMOS, *Direitos Humanos em juízo*, pp. 162-164.

²⁶⁸ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Mérito, sentença de 2 de dezembro de 1991, Série C, n. 15, parágrafo 22.

²⁶⁹ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparções, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafo 20.

²⁷⁰ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparções, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafo 33.

Sobre o princípio da *restitutio in integrum* e sua aplicação ou não presente caso, a Corte assim entendeu:

*La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la in integrum restitutio se refiere a un modo como puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada.(...)*²⁷¹

Ou seja, quando a *restitutio in integrum* não for uma opção viável, o que certamente é verdade no caso de violações do direito à vida, outras formas de reparação, como a indenização, devem ser usadas pela Corte. No caso em questão, a Corte entendeu que a indenização deveria abarcar tanto os prejuízos materiais causados, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes, quando o dano moral sofrido pelas vítimas e seus familiares.²⁷² No ponto específico do dano moral, ante as violações ocorridas e o sofrimento das vítimas e seus familiares, a Corte entendeu o seguinte:

*El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión y resulta suficiente el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Suriname en su momento.*²⁷³

A Corte reconheceu, portanto, que frente a graves violações de direitos humanos, ainda mais contando com o reconhecimento da responsabilidade internacional por parte do Estado, *não há a necessidade de prova da ocorrência de dano moral*, pois existe uma presunção absoluta da existência do dano uma vez constatada a violação.²⁷⁴ Ademais, não só as vítimas das violações têm direito à indenização, pois o mesmo deve ser transmitido a seus sucessores. Nesse ponto, a Corte deparou-se com a tarefa de identificar quem seriam os sucessores das vítimas e, portanto, os beneficiários das reparações outorgadas. Para tanto, a Comissão requereu aplicação dos costumes da comunidade Saramaca, enquanto que o Suriname exigia a aplicação de seu direito civil. As diferenças residiam no fato da

²⁷¹ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafo 49.

²⁷² SHELTON, “Reparations in the Inter-American System”, pp. 158-162.

²⁷³ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafo 52.

²⁷⁴ Esse entendimento foi mantido pela CIDH em suas decisões subsequentes, podendo-se afirmar que, graças à contínua construção jurisprudencial da Corte, a presunção absoluta da existência do dano já é parte integrante do direito internacional dos direitos humanos. Cf. RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 285-291.

comunidade indígena ser baseada em uma estrutura matriarcal, ou matrilinear, e na poligamia, havendo inclusive um dever dos filhos adultos cuidarem dos seus pais, enquanto que no ordenamento jurídico do Suriname os sucessores de vítima são o cônjuge legalmente reconhecido, os filhos e eventualmente outros parentes que dependiam da vítima.²⁷⁵

Em primeiro lugar, a Corte observou que os saramacas são uma comunidade indígena constituída por escravos fugidos de senhores holandeses e que vive no território do Suriname, sendo, contudo, uma comunidade autônoma do Estado, vivendo sob suas próprias leis e costumes.²⁷⁶ Contudo, a Comissão deveria apresentar provas para que fossem determinados os beneficiários da indenização segundo os costumes saramacas. Uma vez que não foram apresentadas tais provas, a Corte procurou identificar os eventuais beneficiários com base nos princípios gerais de direito, uma fonte de direito internacional conforme reconhecido pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, artigo 38. Logo, uma vez sendo comum aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais que os sucessores de uma pessoa falecida são seus filhos e o cônjuge, a Corte entendeu que esses deveriam ser os beneficiários de indenização por danos materiais, sendo que na ausência deles deve ser reconhecido o direito de sucessão aos ascendentes.²⁷⁷ A Corte também reconheceu que os ascendentes das vítimas teriam direito à indenização por dano moral ante o sofrimento causado pela tortura e morte de seus filhos, independentemente dos ascendentes serem ou não dependentes das vítimas.²⁷⁸

O montante total das reparações por danos materiais e morais foi de US\$ 453.102, sendo que a Corte determinou a criação de dois fundos fiduciários e de uma Fundação para administrar os recursos dos fundos e orientar os beneficiários sobre quais as melhores formas de investimento e aplicação das reparações outorgadas pela Corte.²⁷⁹ Por fim, a Corte também determinou que, como parte da indenização, o Suriname deveria proceder à reabertura de uma escola na comunidade Saramaca e à criação de um posto de saúde, tendo em vista que os filhos e demais familiares das vítimas residiam, em sua maioria absoluta, em Gujaba, dentro do território saramaca.²⁸⁰ Dessa forma, a Corte reconhece a necessidade de cuidado com os interesses dos sucessores das vítimas que vai além da mera satisfação material e financeira,

²⁷⁵ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafos 54-55.

²⁷⁶ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, pp. 165-167.

²⁷⁷ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafos 62-73.

²⁷⁸ ROMBOUTS; VANDEGINSTE, *op. cit.*, pp. 106-108.

²⁷⁹ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafos 99-108.

²⁸⁰ CIDH, *Caso Aloeboetoe* – Reparaciones, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n. 15, parágrafo 96.

abarcando aspectos fundamentais da vida humana, como a saúde e a educação, na sua decisão final sobre reparações no caso *Aloeboetoe*.²⁸¹ Pelos motivos expostos, a decisão da Corte em matéria de reparações nesse caso é também um marco na proteção internacional dos direitos humanos, pois, entre outros pontos, procurou expandir o conceito de vítima e adaptá-lo à realidade cultural sob exame e incluir em sua decisão outras espécies de obrigações de fazer, como a reabertura de uma escola e criação de um posto de saúde, duas tentativas de reparação de alcance coletivo, e não apenas individual, beneficiando, dessa forma, toda a comunidade saramaca.²⁸²

3.3.3 – O Caso *Loayza Tamayo*.

Um outro caso decidido pela CIDH e de fundamental importância para o presente trabalho é o *Caso Loayza Tamayo*, originado de uma representação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Peru, cuja sentença de mérito data de 17 de setembro de 1997, enquanto que a sentença sobre reparações foi proferida em 27 de novembro de 1998. De acordo com os fatos relatados pela Comissão, em 6 de fevereiro de 1993, a professora universitária Maria Elena Loayza Tamayo foi presa juntamente com Ladislao Alberto Loayza por membros da Divisão Nacional Contra o Terrorismo (DINCOTE) da Polícia Nacional do Peru, em Lima. A detenção da Sra. Loayza Tamayo foi feita sem ordem judicial e foi baseada em depoimento de terceiro que afirmou ser a vítima colaboradora do “Sendero Luminoso”, o Partido Comunista do Peru e ferrenho opositor do então presidente Alberto Fujimori.

A família da vítima foi informada de sua prisão por meio de um telefonema anônimo e não interpôs nenhum recurso contra a prisão, uma vez que o Decreto-Lei nº 25.569 excluía do alcance do *habeas corpus* fatos relacionados ao crime de traição à pátria, crime pelo qual a Sra. Loayza Tamayo foi formalmente acusada em 26 de fevereiro de 1993, tendo sido inclusive mostrada a toda a imprensa peruana usando uma roupa de presidiária. Ela foi julgada por um tribunal militar, o Juizado Especial da Marinha, composto por “juízes sem rosto” e marcado por diversos cerceamentos ao direito de defesa. O Juizado, em uma sentença de 5 de março de 1993, a absolveu, sendo que essa sentença foi posteriormente confirmada

²⁸¹ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II, p. 178.

²⁸² CASSEL, op. cit., pp. 198-204.

pelo Supremo Tribunal Militar Especial, em setembro de 1993. Isso, contudo, não encerrou o caso da Sra. Loayza Tamayo, pois o Tribunal Militar entendeu ser o caso um crime de terrorismo, para o qual não era o foro adequado, remetendo, então, o caso para a justiça comum. Logo, em vez de ser libertada após sua absolvição pela justiça militar, a Sra. Loayza Tamayo foi julgada por um Tribunal Especial da justiça comum pelos mesmos fatos e condenada a uma pena privativa de liberdade de vinte anos em 10 de outubro de 1994.²⁸³

Depois de analisar as exceções preliminares, analisando os critérios de admissibilidade do caso e rechaçando as alegações do Peru de que a vítima não teria esgotado os remédios internos,²⁸⁴ a Corte procedeu à sua sentença de mérito em que analisou as diversas violações da Convenção Americana de Direitos Humanos alegadas pela Comissão. Em primeiro lugar, a Corte, considerou que o Peru violou o direito à liberdade pessoal, previsto no artigo 7 da Convenção, pela prisão ilegal da vítima pelos membros do DINCOTE, e também que violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção, pela suspensão do recurso de *habeas corpus* por ocasião do Decreto-Lei 25.659.²⁸⁵ Em seguida, a Corte determinou que o Peru violou o direito à integridade pessoal, consagrada no artigo 5 da Convenção, pois as provas comprovaram que a vítima foi mantida incomunicável durante a detenção, foi exibida publicamente com traje difamante de presidiária sendo apenas acusada de um crime, foi isolada em uma cela minúscula sem ventilação ou ar natural e foi sujeita a agressões e maus-tratos durante a detenção, incluindo a prática do afogamento como método de interrogatório e obtenção de confissão.²⁸⁶

Em relação ao processo judicial a que a vítima foi submetida, a Corte entendeu que houve violação do direito a um tribunal independente ou imparcial por ter sido a vítima julgada por tribunais militares em que a identidade dos juízes era mantida em sigilo, em princípio para garantir a segurança dos magistrados, mas que na prática restringia enormemente o direito de defesa da vítima, em uma clara violação aos princípios do devido

²⁸³ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, pp. 254-258.

²⁸⁴ Cabe aqui mencionar o voto em separado do Juiz Cançado Trindade na sentença sobre exceções preliminares, sustentando que, uma vez já sendo feito o exame de admissibilidade do caso pela Comissão, não deveria haver necessidade da Corte proceder a um exame idêntico sobre o mesmo caso. CIDH, *Caso Loayza Tamayo – Exceções Preliminares*, sentença de 31 de janeiro de 1996, Série C, n. 25, Voto em Separado do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 7.

²⁸⁵ CIDH, *Caso Loayza Tamayo – Mérito*, sentença de 17 de setembro de 1997, Série C, n. 33, parágrafo 55.

²⁸⁶ CIDH, *Caso Loayza Tamayo – Mérito*, sentença de 17 de setembro de 1997, Série C, n. 33, parágrafo 57.

processo legal.²⁸⁷ A Corte também entendeu que o Estado violou o direito ao juiz natural e à presunção de inocência, bem como a proibição do *bis in idem*, que impede que uma pessoa cuja absolvição transitou em julgado seja submetida a novo processo pelos mesmos fatos, conforme o artigo 8.4 da Convenção.²⁸⁸ Depois de examinar outras alegações da Comissão, a Corte decidiu pela responsabilidade internacional do Peru por violação aos diversos artigos da Convenção. Cerca de um ano após essa sentença, a Corte procedeu à análise da questão das reparações.

A Corte, antes de analisar as formas de reparação cabíveis, procurou fazer alguns esclarecimento quanto à questão probatória, afirmando que aplicaria critérios flexíveis na recepção de provas, tendo sempre em mente as circunstâncias do caso concreto.²⁸⁹ Esse entendimento já havia sido adotado pela Corte em outras decisões, especialmente no *Caso Cayara*, quando afirmou que:

*[E]l sistema procesal es un medio para realizar la justicia y (...) ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.*²⁹⁰

Esse esclarecimento foi visto pela Corte como necessário para justificar sua desconsideração de eventuais alegações de descumprimento de prazos, ou de exigências formais na coleta das provas, objeções que já haviam sido levantados na defesa do Estado responsável pelas violações.²⁹¹ Logo, a Corte analisou as reparações por danos materiais causados à vítima e considerou provado que a mesma foi afastada de seu cargo de professora em um colégio de Lima por abandono injustificado do trabalho, ocorrido no período em que esteve presa, e que, em virtude de sua detenção, teve de realizar gastos médicos, muito em razão de danos psíquicos provavelmente irreversíveis.

²⁸⁷ Sobre a questão dos tribunais militares, os Juízes Cançado Trindade e Jackman afirmaram que, por definição, essas instituições criadas pelo Poder Executivo não alcançam os padrões de independência e imparcialidade exigidos pelo devido processo legal. CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Mérito, sentença de 17 de setembro de 1997, Série C, n. 33, Voto em Separado Conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Jackman, parágrafo 2.

²⁸⁸ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Mérito, sentença de 17 de setembro de 1997, Série C, n. 33, parágrafo 77.

²⁸⁹ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, parágrafo 38.

²⁹⁰ CIDH, *Caso Cayara* – Exceções Preliminares, sentença de 3 de fevereiro de 1993, Série C, n. 13, parágrafo 42.

²⁹¹ RAMOS, *Direitos humanos em juízo*, pp. 264-265.

Dessa forma, com relação aos danos materiais, a Corte estabeleceu que o Estado peruano deveria pagar cerca de US\$ 32.000 como indenização pelos salários que a vítima deixou de receber durante o período de detenção ilegal. Também foi determinado que a vítima deveria receber US\$ 1.000 por gastos médicos ocorridos em razão dos maus-tratos sofridos durante o cárcere, US\$ 15.000 em razão de gastos médicos futuros, tendo sido esse montante decidido com base na equidade, e também foi decidido que cada um dos dois filhos da vítima deveria receber US\$ 5.000 para gastos médicos futuros em razão dos danos psíquicos sofridos.²⁹² Quanto às reparações por danos morais, a Corte manteve seu entendimento segundo o qual não é necessário prova de ocorrência do dano moral ante as agressões e humilhações a que foram submetidas a vítima e seus familiares,²⁹³ tendo, portanto, decidido que face às violações ocorridas, o Estado peruano deveria pagar uma indenização de US\$ 50.000 à vítima, bem como as quantias de US\$ 10.000 para cada um dos filhos e seus genitores e de US\$ 3.000 para cada um dos irmãos da vítima.²⁹⁴

Contudo, o aspecto mais inovador da sentença sobre reparações da Corte diz respeito ao *dano ao projeto de vida*, uma construção que, apesar de se aproximar dos lucros cessante e do dano emergente, ambos de inegável fundo econômico, diz respeito à realização pessoal do indivíduo, com base nas opções que tem para conduzir sua vida e realizar destino para o qual se propõe.²⁹⁵ Sobre o significado e alcance desse conceito, a Corte entendeu que:

*[E]l “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.*²⁹⁶

Contudo, mesmo reconhecendo que a vítima sofreu um grave dano a seu projeto de vida, pois, em virtude da humilhação pública a que foi submetida e do seu afastamento do cargo de professora na Universidade Particular de San Martín de Porres, a Corte afirmou que

²⁹² CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, parágrafos 129 e 133.

²⁹³ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 243-245.

²⁹⁴ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, parágrafos 138-143.

²⁹⁵ RAMOS, *Responsabilidade Internacional do Estado*, pp. 257-260.

²⁹⁶ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, parágrafo 150.

a evolução da jurisprudência e da doutrina internacionais em matéria de reparações até o momento da sentença não permitia traduzir esse entendimento em termos econômicos, não sendo possível, portanto, quantificar um montante indenizatório pela violação constatada.²⁹⁷ A respeito dessa não quantificação do dano ao projeto de vida, é importante fazer menção ao voto separado conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, que trata especificamente sobre o desenvolvimento do direito das vítimas à reparação de *todos os danos causados pelas violações de direitos humanos*. Segundo os juízes:

*Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. La presente Sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección, que, confiamos, será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro.*²⁹⁸

Ou seja, os dois membros da Corte reconhecem o passo importante dado na direção do desenvolvimento do direito à reparação, mas ao mesmo enaltecem que deve haver uma evolução na mensuração do dano ao projeto de vida, não para reduzir seu impacto a um dano de natureza meramente patrimonial, mas para procurar dar uma dimensão real e a efetiva a reparação à vítima, como foi tentado pela Corte em decisões posteriores ao caso Loayza Tamayo.²⁹⁹ A constatação da existência desse dano e o desenvolvimento de sua mensuração pela jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos é de fundamental importância para a realização da justiça penal internacional, uma vez que a grande maioria das vítimas de crimes internacionais sofre danos que não podem ser simplesmente reparados na esfera patrimonial, devendo haver por parte do tribunal competente um reconhecimento dos danos causados à dimensão pessoal da vítima que a impedem de viver na plenitude outrora sonhada.³⁰⁰

²⁹⁷ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, parágrafo 153.

²⁹⁸ CIDH, *Caso Loayza Tamayo* – Reparaciones, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C, n. 42, Voto Separado Conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, parágrafo 17.

²⁹⁹ CASSEL, op. cit., pp. 199-200. A CIDH, em um caso envolvendo dano ao projeto de vida de jovem estudante universitário vítima de prisão ilegal e de tortura, tentou reparar o dano sofrido não estabelecendo um montante determinado como indenização, mas demandando do Estado do Peru que ele proporcionasse à vítima uma bolsa universitária integral para que ele pudesse desenvolver suas capacidades. CIDH, *Caso Cantoral-Benavides* – Reparaciones, sentença de 3 de dezembro de 2001, Série C, n. 88, parágrafos 60, 80 e 99.6.

³⁰⁰ MCKAY, “Civil Reparation in National Courts”, pp. 284-287.

3.3.4 – O Caso Massacre de Plan de Sánchez.

O último caso da CIDH a ser analisado é o *Caso Massacre de Plan de Sánchez*, contra a Guatemala, cuja sentença de mérito foi prolatada em 29 de abril de 2004, sendo que a sentença sobre reparações data de 19 de novembro de 2004. Os fatos do caso estão inseridos no contexto de um conflito militar de mais de 30 anos que ocorreu na Guatemala, ocasionando a morte de mais de 200.000 pessoas.³⁰¹ Os anos mais violentos desse período foram de 1978 a 1983, sendo que ocorreram mais de 600 massacres de civis por forças militares, geralmente tendo como alvo a população indígena da etnia maia. Desde o início do ano de 1982, a aldeia de Plan de Sánchez, do município de Rubinal, foi foco de intensa presença militar, sendo que os habitantes da aldeia eram freqüentemente acusados pelos militares de pertencerem à guerrilha, uma vez que se recusavam a participar das Patrulha de Autodefesa Civil (PAC). Essas acusações geravam um intenso clima de temor na comunidade indígena. No dia 18 de julho de 1982, diversas granadas foram lançadas na aldeia de Plan de Sánchez e, posteriormente, um grupo de 60 pessoas composto por militares, magistrados, denunciadores civis e patrulheiros chegou à aldeia para cuidar dos pontos de saída e entrada e arregimentar todos os membros da população. O que se seguiu foi uma série de violações gravíssimas de direitos humanos, em que meninas e mulheres entre 12 e 20 anos de idades foram agredidas, estupradas e assassinadas, crianças foram espancadas até a morte e diversas outras vítimas foram mantidas fechadas em suas casas enquanto soldados atiraram granadas e dispararam tiros nas vítimas indefesas. Por fim, os membros do grupo que invadiu a aldeia incendiaram as casas e os corpos das pessoas assassinadas. O saldo do massacre foi de 268 pessoas mortas, na sua maioria membros do povo maia achí, bem como outras vítimas que não eram indígenas e estavam na aldeia apenas de passagem. Posteriormente, os habitantes da aldeia que conseguiram fugir do massacre foram obrigados pelas tropas militares a enterrarem as vítimas ali mesmo onde se encontravam, sob a ameaça de bombardeio da vila.

Uma vez que o Estado da Guatemala assumiu a responsabilidade pelo massacre, a Corte procedeu à sentença de mérito, fazendo, antes, uma ressalva ao pedido da Comissão e dos representantes das vítimas e dos seus familiares sobre considerar ou não a conduta do Estado um crime de genocídio, afirmando que possuía competência apenas para declarar

³⁰¹ O governo da Guatemala preferia utilizar a expressão “enfrentamento armado” em lugar de “conflito armado” para evitar as consequências da aplicação do direito internacional humanitário aos crimes e violações cometidos durante o período citado. Cf. TOMUSCHAT, “Reparation in Favour of Individual Victims”, pp. 582-584.

violações da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros instrumentos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Contudo, face às violações cometidas e aos danos causados à comunidade maia achí, a Corte entendeu que há uma responsabilidade internacional agravada do Estado e afirmou que isso estaria refletido nas reparações.³⁰²

Na sentença sobre reparações, a Corte faz um exame detalhado e minucioso das provas, contando principalmente com o testemunho de vítimas das violações ocorridas durante o massacre de Plan de Sánchez, para depois identificar os beneficiários das reparações, determinar o montante total das indenizações por danos materiais e morais e, também, tratar das outras formas de reparação possíveis no caso concreto. Como beneficiários das reparações, a Corte, com base nas alegações da Comissão e da Guatemala, elaborou uma lista de mais de 200 vítimas, incluindo aquelas que não puderam ter sua identidade confirmada ante o estados dos corpos carbonizados por ocasião do massacre.³⁰³ No estabelecimento de indenizações por danos materiais e morais às vítimas e seus familiares, a Corte estabeleceu um montante de US\$ 7.925.000, sendo que desse valor total US\$ 6.340.000 seriam destinados para reparar a dor e o sofrimento causados às vítimas do massacre e a seus familiares, tendo sido um dos maiores montantes de indenizações determinado pela Corte.³⁰⁴

Além das indenizações, a Corte estabeleceu outras medidas a serem tomadas pelo Estado para alcançar a justiça no caso do massacre de Plan de Sánchez. Em primeiro lugar, a Corte determinou que o Estado investigasse, julgasse e punisse todos os responsáveis diretos pelas violações, especialmente levando-se em consideração que se passaram 22 anos entre a ocorrência do massacre e a sentença da Corte sem os responsáveis terem sido sequer investigados. Ademais, a Corte determinou que o Estado realizasse um ato público de reconhecimento da sua responsabilidade internacional no local do massacre e de homenagem às vítimas, contando com a presença das mais altas autoridades do Estado e dos habitantes da aldeia de Plan de Sánchez, sendo que a cerimônia pública deveria ser realizada tanto em espanhol, idioma oficial do Estado, quanto em maia ichí. Nesse sentido, a Corte também

³⁰² CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Mérito, sentença de 29 de abril de 2004, Série C, n. 116, parágrafos 50 e 51. Sobre a questão da responsabilidade internacional agravada a da possibilidade do crime de Estado no direito internacional, ver CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Mérito, sentença de 29 de abril de 2004, Série C, n. 116, Voto Separado do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 24-39. Cf. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. I, pp. 418-432.

³⁰³ CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Reparaciones, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, parágrafos 56-68.

³⁰⁴ CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Reparaciones, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, parágrafos 72-76 e 80-89. Cf. CASSEL, op. cit., pp. 198-200.

determinou a publicação de partes de sua sentença no Diário Oficial da Guatemala e em outro diário de circulação nacional e a tradução das suas sentenças para o idioma maia ichí.

Também foi determinado que, como garantia de não-repetição, o Estado deferia doar a quantia de US\$ 25.000 para a manutenção e melhoras na infra-estrutura de uma capela criada para homenagear as vítimas, dessa forma visando à memória coletiva da população. Finalmente, uma vez que os habitantes da aldeia perderam suas moradias, sua forma de sustento e boa parte da infra-estrutura educacional e sanitária, a Corte determinou que o Estado deveria implementar um programa de habitação, bem como disponibilizar o acesso gratuito a medicamentos, criar um posto de saúde na aldeia, e um programa de desenvolvimento que deveria incluir a educação na cultura maia por professores bilíngües e o investimento em estradas asfaltadas, esgotos e água potável em Plan de Sánchez e nas demais comunidades cujos habitantes foram vítimas do massacre.³⁰⁵

É ainda de fundamental importância fazer referência ao voto separado do Juiz Cançado Trindade na sentença sobre reparações, em que, refletindo sobre a passagem de mais de 22 anos e entre o ocorrido e a sentença do Corte, indaga qual a possibilidade das graves violações cometidas serem reparadas pela sentença, ao que, em seguida procura responder:

*En la presente Sentencia sobre reparaciones, la Corte ha valorado debidamente este importante elemento cultural en su dimensión temporal (párrs. 49(12) y 82). La Corte ha destacado debidamente la espiritualidad de los miembros de la comunidad maya-achí, no sólo en su relación con la tierra, sino también en la "estrecha relación entre los vivos y los muertos", que se expresa mediante "la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y mujeres" (párr. 85).*³⁰⁶

Dessa forma, há um reconhecimento não só de um dano ao projeto de vida das vítimas, mas também a um “projeto de pós-vida”, no qual nunca haverá paz enquanto os mortos não puderem descansar em seu lugar de direito conforme os usos e costumes da comunidade maia da Guatemala. Ademais, com a morte dos idosos e das mulheres, a aldeia também veio a perder seus guias espirituais na transição entre o mundo dos vivos e o dos mortos, de fundamental importância para a cultura maia. O que o jurista e professor brasileiro

³⁰⁵ CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Reparaciones, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, parágrafos 93-111.

³⁰⁶ CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez* – Reparaciones, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, Voto Separado do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 16.

argumenta é pelo reconhecimento e conseqüente reparação *aos danos causados à esfera espiritual da pessoa humana*.³⁰⁷

Ademais, para os fins do presente trabalho, é também importante fazer menção a outra manifestação do Juiz Cançado Trindade em seu voto separado, desta vez versando sobre a questão da responsabilidade internacional no Estado e da responsabilidade penal internacional do indivíduo:

A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional de los individuos perpetradores del crimen son ineluctablemente complementarias, y no paralelas o autoexcluyentes. El Estado no puede eximirse de su propia responsabilidad por los crímenes practicados por sus agentes en su nombre y en ejecución de una política de Estado. Al contrario de lo que alega parte de la doctrina jurídica contemporánea, societas delinquere potest. Tampoco hay imposibilidad alguna, ni dificultad insuperable, en establecer las reparaciones por los crímenes de Estado, como ha demostrado la Corte Interamericana en la presente Sentencia.

(...)

*Los jusinternacionalistas westphalianos de nuestros días necesitan despertar de su letargo mental; la Masacre de Plan de Sánchez fue una de las 626 masacres estatales que conformaron un determinado patrón de exterminio, ejecutadas en un breve período de tiempo, y la única que hasta el presente alcanzó la jurisdicción de un tribunal internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Que otras tantas masacres se han perpetrado en los últimos años, y se están perpetrando hoy día, en distintas latitudes, sin que de ellas se tenga noticia alguna, ante la indiferencia dolosa de los Estados, que fueron históricamente concebidos y creados para la realización del bien común (y no para la represión política o la satisfacción de intereses financieros privados)! ¿Cómo es posible negar la existencia del crimen de Estado?*³⁰⁸

Logo, existe uma complementaridade entre a justiça penal internacional e os sistemas de proteção dos direitos humanos, pois violações graves e sistemáticas de direitos humanos levadas a cabo por indivíduos invariavelmente dependem do aparato estatal, seja por uma omissão ou negligência das autoridades, ou, como foi o caso do massacre de Plan de Sánchez, por uma manifesta política de extermínio de uma parcela da população do Estado, nesse caso, os membros da comunidade maia. Pelos motivos expostos, especialmente no raciocínio do Juiz Cançado Trindade, esse caso é um dos mais importantes para o contexto do presente trabalho e, acima de tudo, para o desenvolvimento do regime de reparações do TPI.

Em primeiro lugar, de acordo com os fatos do caso, as violações ocorridas poderiam perfeitamente ser consideradas crimes internacionais, estando, dessa forma, sob a jurisdição

³⁰⁷ CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, pp. 412-414.

³⁰⁸ CIDH, *Caso Massacre de Plan de Sánchez – Reparaciones*, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, Voto Separado do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 22 e 26.

do TPI. Logo, para um ramo do direito ainda em crescente evolução como o direito penal internacional, é extremamente importante buscar subsídios e elementos externos para melhor entender e julgar os casos de violações sistemáticas de direitos humanos. Nesse sentido, Antonio Cassese recomendou que os tribunais penais *ad hoc* buscassem subsídios na Corte Européia de Direitos Humanos para melhor interpretar e aplicar o direito dos réus ao devido processo legal e demais garantias de natureza processual quando submetido à jurisdição de um desses tribunais.³⁰⁹

Além disso, as reparações determinadas pela Corte no caso do massacre procuraram abarcar todas as dimensões lesadas das vítimas e seus familiares, incluindo a determinação de reparações coletivas de grande alcance, como a melhora da infra-estrutura da aldeia de Plan de Sánchez pela construção de estradas asfaltadas e pela instalação de esgotos. Nesse sentido, esse caso da Corte, bem como outros casos tratando de massacres e violações sistemáticas de direitos humanos, pode servir de modelo na construção de princípios sobre reparação às vítimas no próprio TPI, pois, como argumentado anteriormente, não existe precedente na evolução da justiça penal internacional de um regime de reparações criado pelo Estatuto de Roma ou de uma instituição especificamente criada para o benefício das vítimas, como é o caso do Fundo Fiduciário do TPI.

Portanto, o caso do massacre de Plan de Sánchez demonstra não só a complementaridade da responsabilidade do Estado e do indivíduo, mas a necessidade de interação do direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional,³¹⁰ especialmente no que diz respeito às reparações devidas às vítimas dos crimes ou violações em questão. Logo, uma vez finalizada a análise da reparação no direito internacional e da sua concretização pela jurisprudência da CIDH, deve-se agora passar ao exame específico do regime de reparações às vítimas do TPI e do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares.

³⁰⁹ CASSESE, “A influência da CEDH sobre as atividades dos tribunais penais internacionais”, pp. 173-223.

³¹⁰ LATTIMER, op. cit., pp. 411-415.

4 – A REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS COMO FOCO DA NOVA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: O REGIME DE REPARAÇÕES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CRIAÇÃO DO FUNDO FIDUCIÁRIO EM BENEFÍCIO DAS VÍTIMAS E SEUS FAMILIARES.

Como referido já na introdução, a presente parte do trabalho será dedicado\à ao regime de reparações às vítimas no TPI e, especificamente, ao Fundo Fiduciário, uma instituição sem precedentes na história da justiça penal internacional. Para tanto, a abordagem será dividida em duas grandes partes: uma dedicada ao processo de negociação que levou à criação do TPI e seu inovador regime de reparações; outra, dedicada ao Fundo Fiduciário propriamente dito, sua estrutura, seu funcionamento e, mais importante, os desafios que poderá enfrentar e as soluções possíveis para resolvê-los. Antes, contudo, faz-se necessário o uso de um quadro explicativo das diversas etapas do processo de negociação para criar o Tribunal e dos documentos que compõem o corpo jurídico do TPI juntamente com o Estatuto de Roma.

Quadro 1. Principais Etapas do Processo de Negociação³¹¹

Etapas do Processo	Atribuições da Etapa	Duração da Etapa
Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional	Discussão do projeto de estatuto feito pela CDI e redação de um novo texto para uma conferência diplomática	De 1996 a 1998
Conferência Diplomática dos Plenipotenciários – Conferência de Roma	Discussão e aprovação do projeto de Estatuto elaborado pelo Comitê Preparatório	De 15 de junho a 17 de julho de 1998

³¹¹ Não estão incluídas aqui as discussões ocorridas na Comissão de Direito Internacional (CDI) e em um comitê *ad hoc* de 1995 por não terem parte do processo oficial de negociação conclamado pelas Nações Unidas na Resolução da Assembléia Geral 50/46, de 11 de dezembro de 1995. Cf. CRAWFORD, “The ILC’s draft statute”, pp. 144-152.

Comissão Preparatória
para o Tribunal Penal
Internacional

Regulamentação do Estatuto por
meio das Regras de Processo e
Prova e dos Elementos dos Crimes

De 1999 a 2002

A Assembléia dos Estados-Parte existe desde 1º de julho 2002, quando entrou em vigor o Estatuto de Roma, e trata-se do órgão político encarregado da supervisão do TPI e da elaboração de legislação complementar, como, por exemplo, a definição do conceito de crime de agressão e os critérios de administração do Fundo Fiduciário, como será visto adiante. Neste momento, os esforços serão dirigidos para a análise e esclarecimento das etapas do processo de negociação e sua produção do regime de reparações e do Fundo Fiduciário dentro do corpo do Estatuto de Roma.

4.1 – A reparação às vítimas e o Fundo Fiduciário nas discussões anteriores ao Tribunal Penal Internacional: do Projeto da Comissão de Direito Internacional à criação do Tribunal.

Como afirmado anteriormente quando se descreveu a evolução da justiça penal internacional que culminou na criação do TPI, a criação de um tribunal penal internacional permanente e independente já era estudada desde a década de 1950 pela CDI, até culminar na aprovação de um projeto de estatuto em 1º de setembro de 1994.³¹² Contudo, a versão original desse anteprojeto não continha qualquer referência direta a reparações, pois alguns membros da CDI consideraram questões referentes a reparações e restituições inconsistentes com a função primordial do tribunal e contrárias ao seu princípio fundamental, qual seja, o de processar e punir, sem demora, os responsáveis pelos crimes previstos no projeto do estatuto.³¹³ A única referência indireta a reparações era a do artigo 47 do projeto, que, tratando em termos gerais das penas aplicáveis aos acusados, mencionava a possibilidade da transferência de multas para um fundo fiduciário estabelecido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em benefício das vítimas de crimes,³¹⁴ tendo sido esse o documento final

³¹² Projeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, UNGA Doc. A/49/355, de 1º de setembro de 1994.

³¹³ MCKAY, Fiona. “Are Reparations Appropriately Addressed in the ICC Statute?”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, p. 167.

³¹⁴ Projeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, art. 47 (3) (d).

enviado pela CDI para o Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (“Comitê Preparatório”), encarregado pela Assembléia Geral da ONU de aprofundar as discussões sobre o projeto da CDI e elaborar um documento para uma conferência diplomática especificamente convocada para tratar da criação de um tribunal penal internacional permanente.³¹⁵

O que o projeto da CDI demonstra é que a criação de um regime específico em benefício das vítimas de crimes internacionais era secundária nas primeiras reflexões acerca de um tribunal penal internacional permanente. O que se pretende demonstrar em seguida, especialmente com a ajuda dos *travaux preparatoires* do Comitê Preparatório, da Conferência de Roma e da Comissão Preparatória, é que as idéias de reparação e, conseqüentemente, de um fundo fiduciário em benefício das vítimas, apesar de serem incontestavelmente inovadoras no âmbito da justiça penal internacional, foram propostas com relativa demora em relação a demais aspectos do Estatuto³¹⁶, como o princípio da complementaridade, e partiram tanto de países presentes nas discussões iniciais quanto de organizações não-governamentais (ONGs) que foram posteriormente convidadas a participar do processo de elaboração do Estatuto de Roma.

4.1.1 – As propostas iniciais quanto a reparações no Tribunal Penal Internacional e o artigo 75 do Estatuto de Roma.

A proposta inicial mais significativa foi apresentada pela França, afirmando que, em seus julgamentos, o Tribunal poderia, “quando necessário, estabelecer princípios relativos à compensação por danos causados às vítimas e à restituição de propriedade ilicitamente adquirida pelos indivíduos condenados”.³¹⁷ Essa sugestão evidencia que as preocupações iniciais dos Estados se restringiam àqueles tipos de danos de mais fácil mensuração e, como anteriormente demonstrado, menos abrangentes que o conceito de reparação, pois, ainda que a proposta francesa seja mais avançada que a previsão de “compensação a vítimas” do

³¹⁵ MCKAY, “Are Reparations”, p. 167-168.

³¹⁶ LEWIS Peter; FRIMAN, Hakan. “Reparations to Victims”, in LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: elements of crime and rules of procedure and evidence*. Nova York: Transnational Publishers, 2001, pp. 474-475.

³¹⁷ Relatório do Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, Vol. II, Compilação de Propostas, UN Doc. A/51/22, p. 223.

Regulamento do ICTY, ainda permaneceu aquém das expectativas que começavam a nascer em relação aos direitos das vítimas. Cumpre aqui salientar que essa proposta francesa consta do relatório publicado pelo Comitê Preparatório em 1996, ou seja, em pelo menos um ano de discussões acerca da criação do tribunal muito poucos avanços foram obtidos no tocante a reparações, demonstrando, como anteriormente referido, que essa área foi tratada com perceptível demora no processo de negociação.

Nesse ponto, foi de fundamental importância o trabalho de algumas ONGs na elaboração e proposição de idéias referentes a reparações no tribunal a ser criado, incentivando o Comitê Preparatório a abordar os interesses e direitos das vítimas. De todas as organizações que participaram das discussões a respeito da criação de um tribunal penal internacional, provavelmente a que mais contribuiu para a questão das reparações foi a REDRESS, a já citada ONG com sede em Londres e dedicada a buscar reparações em benefício de vítimas de tortura.³¹⁸ Em junho de 1997, a REDRESS publicou um texto questionando qual o papel de um tribunal penal internacional na promoção de um direito de reparação às vítimas de crimes internacionais, notadamente o crime de tortura. Tal documento, entre outros pontos, propunha que o tribunal a ser criado poderia determinar “outras formas de reparação” além das sentenças e penas possíveis, “sem prejuízo à obrigação de todos os Estados de efetuar reparações advindas de condutas que os responsabilizem internacionalmente”.³¹⁹ Assim, às vésperas da Conferência de Roma de 1998, as primeiras propostas concretas referentes a reparações começaram a ser debatidas no âmbito do Comitê Preparatório em grande parte por mérito de alguns Estados, como a França, e demais atores do cenário internacional, como a REDRESS.

As discussões que se seguiram tocaram diversos pontos referentes a reparações, havendo receio por parte de alguns países que exigir do tribunal uma função ligada a reparações às vítimas além da responsabilização penal individual seria muito oneroso para a sua estrutura orçamentária, pois haveria uma avalanche de demandas adicionais de reparação. Essas preocupações partiram principalmente de países que não possuíam em seus sistemas jurídicos nacionais mecanismos prevendo reparações a vítimas dentro de um procedimento criminal, como os países do sistema da *common law*, notadamente o Reino Unido, que teve de

³¹⁸ Para maiores informações acerca da REDRESS e seus projetos e publicações, consultar o endereço virtual da organização na Internet, disponível em www.redress.org (Acesso em 16.11.07)

³¹⁹ REDRESS. *Promoting the Right to Reparation for Victims of Torture: What Role for a Permanent International Criminal Court?*, REDRESS, junho de 1997, p. 43, apud MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., p. 168.

colaborar intensamente com a França, país que possui a tradição de determinar reparações em processos criminais,³²⁰ na busca de uma proposição conjunta referente a reparações.³²¹ Esse evento específico demonstra que as discussões do Comitê Preparatório, mais do que simples exercícios de direito penal comparado,³²² possibilitaram verdadeiras trocas de idéias e experiências entre países com culturas jurídicas diversas e, como no caso das reparações, complementares, contribuindo, assim, para a evolução do tribunal penal internacional proposto.

As propostas sobre reparações evoluíram em detalhamento e aumentaram em número ao longo das discussões no Comitê Preparatório durante todo o ano de 1997 para, em dezembro do mesmo ano, após uma discussão sobre as reparações como formas adicionais de punição ao indivíduo responsabilizado criminalmente pelo tribunal,³²³ culminarem na elaboração de duas propostas avançadas e complementares sobre reparações. Uma dessas propostas, elaborada pela França, previa a possibilidade de formas apropriadas de reparação, incluindo restituição, indenização e reabilitação, serem requeridas pelas vítimas nas cortes nacionais de seus países de origem.³²⁴ A outra proposta, elaborada pelo Reino Unido, apesar de não mencionar especificamente as formas de reparação como fez a proposta francesa, propunha a possibilidade do próprio tribunal determinar se reparações eram devidas às vítimas de determinado crime internacional.³²⁵

A junção dessas propostas levou a criação de um texto prevendo a possibilidade do próprio tribunal penal internacional determinar que reparações podem ser destinadas às vítimas de crimes internacionais, e durante a última sessão do Comitê Preparatório, de 16 de março a 3 de abril de 1998, essa proposta, partindo das idéias da França e do Reino Unido,³²⁶ foi consolidada em um artigo incluído na versão enviada à Conferência Diplomática de Roma. A versão final do artigo proposto evidencia o lado positivo e lado negativo das discussões sobre reparações do Comitê Preparatório: o lado positivo mostra que, ainda que as propostas

³²⁰ MCKAY, “Civil Reparations in National Courts for Victims of Human Rights Abuse”, pp. 284-285.

³²¹ MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., pp. 168-169.

³²² SCHABBAS, William, “35: Penalties”, in CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds), *The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1533.

³²³ Texto do Grupo de Trabalho sobre Penas, de 2 de dezembro de 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.1.

³²⁴ Proposta da França, de 5 de dezembro de 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.4/DP.3.

³²⁵ Proposta do Reino Unido, de 10 de dezembro de 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.4/DP.13.

³²⁶ Texto da proposta preliminar, de 25 de março de 1998, UN Doc. A/AC.249/1998/WG.4/CRP.5.

quanto a reparações tenham sido tardias e confinadas a, principalmente, dois Estados e uma ONG em um intervalo de mais ou menos um ano e meio, foi evidente o progresso alcançado desde a sugestão inicial da França de 1996 prevendo compensação e restituição a vítimas; o lado negativo é que diversos pontos cruciais, como a definição de “vítima” no projeto do estatuto e os critérios específicos a serem utilizados pelo tribunal para determinar quais as reparações devidas, foram deixados de lado para que uma proposta de artigo mencionando reparações fosse aprovada.³²⁷ Contudo, o projeto apresentado à Conferência de Roma continha todos os ingredientes necessários para que o tribunal tivesse, pelo menos institucionalmente, um forte regime de reparações a vítimas.³²⁸

Durante a Conferência de Roma uma versão anterior do artigo sobre reparações³²⁹ continha uma nota de rodapé remetendo as noções de “vítima” e “reparações” aos dois documentos mencionados anteriormente: os Princípios Básicos e a Declaração de 1985 sobre vítimas de crimes e abuso de poder. Essa nota evidencia o contínuo esforço dos delegados presentes à Conferência de Roma para criar um Estatuto que estivesse de acordo com os princípios existentes no direito internacional dos direitos humanos referentes a reparações às vítimas de crimes internacionais, pois conforme afirmou Fiona McKay, a época representante da REDRESS na Conferência de Roma, a “punição aos criminosos não é o suficiente. Não haverá justiça enquanto não houver justiça para as vítimas. E para que haja justiça para as vítimas, o TPI deve estar apto a abordar seus interesses e direitos”.³³⁰

Em outras palavras, *a intensa troca de idéias e experiências entre especialistas em direito penal internacional e direitos humanos e membros de ONGs com experiência na proteção de vítimas foi fundamental para a adoção do Estatuto e a conseqüente criação de um tribunal penal internacional que garantisse os interesses e direitos das vítimas*. Um dos principais resultados dessa humanização da justiça penal internacional foi a criação de uma proposta de artigo sobre reparações transposta quase que na sua integridade ao corpo final do Estatuto,³³¹ mas o conteúdo da nota de rodapé esclarecendo, principalmente, o conceito de

³²⁷ LEWIS; FRIMAN, op. cit., pp. 476-477.

³²⁸ MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., pp. 169-170.

³²⁹ Relatório do Grupo de Trabalho em Questões Processuais, de 13 de julho de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPM/L.2/Add.7

³³⁰ Declaração de Fiona McKay, representante da REDRESS, e membro do Victims Rights Working Group, proferida na Conferência de Roma em 17 de junho de 1998, apud LEWIS; FRIMAN, op. cit., p. 474.

³³¹ As únicas mudanças perceptíveis em relação à versão final do Estatuto foram na numeração dos artigos (na proposta anterior, o artigo sobre reparações era o número 73, e, no Estatuto, tornou-se 75) e, mais importante, na exclusão de propostas de reparações a serem efetuadas em benefício das vítimas por parte dos Estados. Essa

“vítima” e remetendo aos documentos da ONU anteriormente citados não integrou o corpo do artigo. A versão final do artigo, constante do Estatuto, é a seguinte:

Artigo 75 – Reparação às vítimas.

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização e a reabilitação, a serem outorgadas às vítimas ou a quem de direito. Sobre esta base o Tribunal poderá, mediante requerimento, ou de ofício, em circunstâncias excepcionais, determinar na sentença o alcance e a magnitude dos danos, perdas ou prejuízos causadas às vítimas ou a quem de direito, indicando os princípios em que se fundamenta.
2. O Tribunal poderá ditar diretamente uma decisão contra o condenado, na qual indicará a reparação adequada a ser outorgada às vítimas ou a quem de direito, sob a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Quando couber, o Tribunal poderá ordenar que a indenização outorgada a título de reparação seja paga por meio do Fundo Fiduciário previsto no artigo 79.
3. O Tribunal, antes de tomar uma decisão de acordo com este artigo, levará em consideração as observações formuladas pelo condenado, pelas vítimas, por outros indivíduos interessados ou por Estados interessados, ou as observações formuladas em nome de tais indivíduos ou Estados.
4. Ao exercer as atribuições que lhe confere o presente artigo, o Tribunal poderá determinar, quando um indivíduo tiver sido considerado culpado de um crime sob sua jurisdição e no intuito de tornar efetiva uma decisão tomada em conformidade com o presente artigo, se é necessário solicitar medidas de acordo com o parágrafo 1º do artigo 93.
5. Os Estados-parte tornarão efetiva uma decisão adotada de acordo com o presente artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.
6. Nada do disposto no presente artigo poderá ser interpretado em prejuízo dos direitos que o direito interno ou o Direito Internacional conferem às vítimas.³³²

Como se depreende da leitura do artigo, os princípios regendo a reparação às vítimas e o próprio procedimento para que elas obtenham indenização, restituição ou reabilitação estão descritos de forma muito geral, sem o detalhamento necessário para que um regime de reparações no TPI de fato funcione.³³³ Assim como em outras partes do Estatuto, a especificação de certos princípios era essencial para a efetiva existência de um tribunal penal internacional permanente e independente. Tendo isso em vista, a Comissão Preparatória para o Tribunal Penal Internacional (“Comissão Preparatória”), encarregada de regulamentar o Estatuto de Roma, decidiu convocar uma reunião de especialistas em questões relativas a vítimas para redigir regras que viessem a detalhar, entre outros pontos, o conceito de “vítima” a ser utilizado pelo TPI e determinar quais os princípios a serem utilizados para reger as reparações às vítimas. Para tanto, foi convocado o Seminário de Paris, cujos participantes eram oriundos das delegações presentes à Comissão Preparatória, de diferentes organizações

última idéia, contudo, foi cortada do Estatuto já no início da Conferência de Roma. Cf. MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., pp. 168-169.

³³² Art. 75, Estatuto de Roma.

³³³ MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., pp. 170-173.

internacionais, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, por exemplo, e da comunidade das ONGs internacionais, notadamente a Anistia Internacional e a REDRESS, já mencionada no texto.³³⁴ Os comentários e as propostas resultantes desse seminário foram analisados posteriormente na segunda sessão da Comissão Preparatória, de julho a agosto de 1999, onde, mais uma vez, a França teve papel central de liderança na organização e proposição de regras em benefício das vítimas.³³⁵ Juntamente com outras delegações, a França redigiu uma proposta de texto que serviria de base para as discussões futuras sobre reparações e que foi apresentada pelo coordenador do Grupo de Trabalho sobre as Regras de Processo e Evidência em julho para toda a Comissão Preparatória.³³⁶

Essa proposta, que na quarta sessão da Comissão Preparatória, em março de 2000, recebeu adesão e comentários de outros países e foi emendada com idéias novas surgidas durante as discussões,³³⁷ descrevia o processo de requisição de reparações por parte das vítimas, o aferimento das reparações por parte do TPI, seja quando requisitado, seja agindo de ofício, e a regulamentação do Fundo Fiduciário, que será discutido a seguir. Na questão das reparações, foi decidido, ainda durante o Seminário de Paris, que o próprio Tribunal deveria estabelecer os princípios que iriam reger as reparações, evitando-se, assim, durante as sessões da Comissão Preparatória, a repetição dos exaustivos debates acerca do tema.³³⁸ Logo, o raciocínio dos delegados foi manter as referências a reparações amplas o suficiente para que o TPI pudesse desenvolver seus próprios princípios sobre a matéria, levando sempre em consideração documentos e jurisprudência internacionais, como, por exemplo, os Princípios Básicos e a jurisprudência da CIDH.³³⁹

Contudo, ainda que a questão das reparações pudesse ser resolvida por verdadeiras cláusulas gerais, como a do artigo 75, era necessário que certos conceitos utilizados no Estatuto fossem definidos de forma inequívoca, notadamente o conceito de “vítima”, como referido anteriormente. Para tanto, na regulamentação do Estatuto que estava sendo elaborada pela Comissão Preparatória era de fundamental importância haver uma regra definindo

³³⁴ LEWIS; FRIMAN, op. cit., pp. 476-478.

³³⁵ Ibidem, pp. 476-477.

³³⁶ Proposta do Grupo de Trabalho sobre as Regras de Processo e Evidência, de 11 de agosto de 1999, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE/RT.5/Ver.1/Add.3.

³³⁷ Documento de Discussão do Grupo de Trabalho sobre as Regras de Processo e Evidência, de 27 de março de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE(6)/RT.2 e RT.2/Corr.1, de 30 de março de 2000.

³³⁸ LEWIS; FRIMAN, op. cit., pp. 478-479.

³³⁹ Relatório do Grupo de Questões Processuais, de 13 de julho de 1998, UN Doc. A/CONF.183/WGPM/L.2/Add.7.

claramente as vítimas e demais possíveis beneficiários das reparações previstas no Estatuto. Tal definição, inspirada nos documentos internacionais anteriormente citados, é a que consta da Regra 85 das Regras de Processo e Provas do Estatuto de Roma (“Regras”):

Regra 85. Definição de vítimas

Para os fins do Estatuto e das Regras de Processo e Provas:

- (a) ‘Vítimas’ significa pessoas físicas que tenham sofrido dano como resultado da comissão de qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal;
- (b) Vítimas podem incluir organizações ou instituições dedicadas a fins religiosos, educacionais, artísticos, científicos ou assistenciais que tenham sofrido dano a sua propriedade ou a seus monumentos históricos, hospitais e demais lugares e objetos de propósito humanitário.³⁴⁰

Ainda, no tocante a vítimas e testemunhas, a Regra 86, expressamente considerada um “princípio geral” pelas Regras, estabelece que todos os órgãos do Tribunal, no exercício de suas funções sob o Estatuto ou as Regras, deverão levar em consideração as necessidades das vítimas e testemunhas, especialmente crianças, idosos, pessoas portadoras de deficiências e vítimas de violência sexual ou de gênero.³⁴¹ Ou seja, não só há uma definição precisa, como também existe não propriamente uma hierarquia de vítimas, mas um elenco de pessoas em situações especiais e de extrema necessidade que ao ser destacado no texto legal merece atenção redobrada por parte do Tribunal e seus órgãos.³⁴² Como ilustração, pode-se citar o seguinte exemplo: no caso de um vilarejo atacado por milícias, não serão negligenciadas pessoas que tenham sofrido apenas danos patrimoniais decorrentes das ações criminosas, mas atenção especial será dada àquelas vítimas e testemunhas que se enquadrarem no elenco da Regra 86,³⁴³ como vítimas de violência sexual, uma situação muito comum nos casos atualmente sendo analisados pelo Tribunal.³⁴⁴

A questão da não-definição do conceito de “vítima” parece, em princípio, ter sido resolvida com a aprovação das Regras, bem como o detalhamento do procedimento para reparações, que é tratado nas Regras 94 (procedimento mediante pedido da vítima), 95 (procedimento por iniciativa do Tribunal), 96 (publicidade sobre os procedimentos de reparações) e 97 (determinação das reparações). Dessas regras, talvez a que mais levantou

³⁴⁰ Regra 85, Regras de Processo e Provas.

³⁴¹ Regra 86, Regras de Processo e Provas.

³⁴² SCHABAS, *An Introduction*, pp. 171-173.

³⁴³ SCHABAS, *An Introduction*, pp. 173-174.

³⁴⁴ DE BROUWER, Anne-Marie. “Reparation for Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families”, *Leiden Journal of International Law*, n. 20, 2007, pp. 207-211.

polêmica tenha sido a última, entre outros motivos por fazer menção expressa à possibilidade de reparações coletivas serem determinadas pelo Tribunal.³⁴⁵ Na verdade, a Regra 97 afirma que o Tribunal, levando em consideração o escopo e a extensão do dano, perda ou lesão, *poderá* determinar reparação de natureza individual, ou, quando considerar apropriado, de natureza coletiva, ou ambas.³⁴⁶ Em primeiro lugar, cabe salientar que o Tribunal não está obrigado a determinar reparações, muito menos de natureza coletiva. Porém, levando-se em consideração a espécie e o alcance dos crimes sujeitos à jurisdição do TPI, é necessário fazer com que o regime de reparações tenha a dimensão mais ampla possível para agir em benefício das vítimas.³⁴⁷

Durante as sessões da Comissão Preparatória, um primeiro grupo de delegações declarou entender as reparações como um método das vítimas verem atendidas suas pretensões de natureza civil por intermédio do Tribunal, fazendo com que o regime de reparações se aproximasse o máximo possível dos sistemas de responsabilidade civil existentes na maioria dos países presentes às sessões da Comissão. Para esse primeiro grupo, aceitar o conceito de reparações coletivas era muito difícil, pois uma vítima desejando ver a sua situação particular resolvida por meio de reparações individuais via de regra não alcançaria esse resultado se o Tribunal determinasse reparações coletivas.³⁴⁸

Já um segundo grupo de delegações considerou as reparações como uma sanção adicional a ser determinada pelo Tribunal, feita sob medida para atender às necessidades das vítimas, e não como um meio de satisfazer perdas e danos de natureza estritamente civil. Para esse segundo grupo, as reparações teriam mais a forma de gestos simbólicos e de maior impacto e alcance social, como a construção de uma escola e hospital, principalmente tendo em vista que dificilmente os acusados teriam condições de pagar todos os pedidos individuais de reparações feitos pelas vítimas.³⁴⁹

Por fim, um terceiro grupo de delegações afirmou que, ainda que o Tribunal tivesse a flexibilidade de escolher entre reparações individuais e coletivas, as vítimas deveriam ser consultadas sobre a forma pela qual os recursos deveriam ser usados. Logo, uma vez que o

³⁴⁵ LEWIS; FRIMAN, op. cit., p. 483.

³⁴⁶ Regra 97(1), Regras de Processo e Provas.

³⁴⁷ FERSTMAN, Carla, "The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations", in *Leiden Journal of International Law*, n. 15, 2002, pp. 674-675.

³⁴⁸ LEWIS; FRIMAN, op. cit., p. 483.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 483-484.

Tribunal identificar e obter a certos recursos a serem usados em reparação a um vilarejo específico, os moradores deveriam poder opinar se cada família deveria receber uma parte ou se o montante deveria ser investido em uma obra que beneficiaria todos.³⁵⁰ Depois de inúmeras discussões, essas três linhas de interpretação acerca do papel das reparações foram condensadas na versão final da Regra 97(1), especialmente devido ao esforço da Costa Rica, o país que primeiro apresentou a idéia de combinar as duas formas de reparações – individual e coletiva – no regime do TPI.³⁵¹

Logo, uma vez descrito o processo de desenvolvimento do regime de reparações do TPI, faz-se necessário analisar um órgão criado pelo Estatuto que vem não somente a complementar o regime de reparações, mas também a expandir seu alcance e aprofundar seu impacto por meio de inovações institucionais sem precedentes na história da justiça penal internacional. O referido órgão é o já mencionado Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares, e, como no regime de reparações, sua análise será iniciada com a revisão do processo político de elaboração do Estatuto e da criação do TPI.

4.1.2 – As propostas iniciais quanto a um fundo em benefício das vítimas e o artigo 79 do Estatuto de Roma.

Como mencionado anteriormente, o projeto da CDI de 1994 não fazia menção expressa a reparações, mas continha um artigo prevendo a transferência de multas para um fundo fiduciário estabelecido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em benefício das vítimas de crimes. Ainda que, em princípio, essa proposta pareça um tanto quanto modesta frente ao enorme progresso alcançado na questão de reparações no Estatuto, foi a partir dela que as delegações e ONGs presentes em todas as etapas do processo de negociação puderam desenvolver melhor tanto o regime geral de reparações quanto o mais específico do Fundo Fiduciário.³⁵²

Assim como ocorreu com o regime de reparações, as propostas relativas ao fundo surgiram relativamente tarde no processo de negociação, mais especificamente em 1997, no

³⁵⁰ Idem, p. 484.

³⁵¹ Comentários da Costa Rica ao Documento do Grupo de Trabalho sobre as Regras de Processo e Provas, de 23 de março de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE(6)/DP.6.

³⁵² LEWIS; FRIMAN, op. cit., p. 475-477 e 487.

âmbito do Comitê Preparatório, sendo que o Grupo de Trabalho sobre Penas foi o encarregado de analisar a questão de um fundo em benefício das vítimas, mesmo que o Grupo de Trabalho sobre Questões Processuais já estivesse tratando disso.³⁵³ As primeiras propostas de artigo apresentadas no Grupo de Trabalho recomendavam que recursos advindos da apreensão e confisco de bens e valores deveriam servir para arcar com os custos do processo judicial, ser enviados para o Estados cujos nacionais tenham sido vítimas dos crimes ou, finalmente, para um fundo fiduciário em benefício das vítimas.³⁵⁴ Contudo, já em dezembro de 1997 uma nova versão dessa proposta de previa que as vítimas seriam as principais beneficiadas pelos recursos advindos de apreensões e confiscos, pois seriam enviados prioritariamente ao fundo.³⁵⁵ Logo, já nessa primeira proposta concreta advinda do processo de negociação, foi possível identificar uma das funções a ser desempenhada pelo fundo, a de *depositário* de valores e bens confiscados e apreendidos por ordem do Tribunal, antecipando algumas idéias que figurariam quase inalteradas no texto do Estatuto.³⁵⁶

Durante a Conferência de Roma, novas discussões ocorreram quanto ao artigo tratando do fundo fiduciário, sendo que em junho de 1998 o coordenador do Grupo de Trabalho sobre Penas, o diplomata norueguês Rolf Einar Fife, apresentou uma proposta de artigo autorizando que “multas e bens apreendidos pelo Tribunal fossem repassados a um fundo fiduciário criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em benefício das vítimas de crime e seus familiares”.³⁵⁷ Depois de sugestões feitas pela França, quanto a critérios de distribuição dos valores enviados ao fundo, e pelo Japão, sugerindo que a palavra “bens” fosse substituída pela expressão “valores, propriedade e bens obtidos mediante seqüestro”, Fife apresentou outra proposta, contendo como principais alterações o fato do fundo não ser mais criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, mas sim por uma *decisão da Assembléia dos Estados-Parte*, e de ser para o “*benefício das vítimas de crimes sob a jurisdição do Tribunal e suas famílias*”.³⁵⁸

³⁵³ SCHABBAS, “35: Penalties”, op. cit., pp. 1530-1531.

³⁵⁴ MCKAY, “Are Reparations...”, op. cit., pp. 168-169.

³⁵⁵ Documento do Grupo de Trabalho sobre Penas, de 11 de dezembro de 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.12.

³⁵⁶ INGADOTTIR, Thordis. “The Trust Fund of the ICC”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, pp. 150-151.

³⁵⁷ Proposta do Coordenador para o Artigo 79, de 30 de junho de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.2.

³⁵⁸ Proposta do Coordenador para o Artigo 79, de 2 de julho de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.7.

Em primeiro lugar, a idéia de um fundo criado pela Assembléia dos Estados-Parte traria, sem dúvida, maior independência ao Tribunal frente às Nações Unidas, dificultando, assim, um uso político da instituição, um temor compartilhado por muitas delegações participantes do processo de negociação.³⁵⁹ Ademais, deixando a criação do Fundo para uma decisão da Assembléia dos Estados-Parte seria possível, ao mesmo tempo, inserir o Fundo no regime geral do Estatuto e mantê-lo separado e independente do Tribunal, deixando claro tratarem-se os dois, Fundo e Tribunal, de instituições distintas e independentes, que, contudo, devem colaborar no desempenho de suas funções tendo em vista os interesses das vítimas.³⁶⁰ Em segundo lugar, ao haver menção expressa às famílias das vítimas entre os beneficiários do fundo, o Tribunal ofereceria um tratamento da questão adequado às exigências internacionais na matéria de reparações, tendo em vista a jurisprudência e documentos internacionais.³⁶¹ Na questão das famílias das vítimas como beneficiárias, duas delegações procuraram ouvir esclarecimentos e fazer colaborações: a Síria afirmou não estar à vontade com o termo “famílias” e preferia que o Estatuto falasse em “herdeiros”, argumentando, ainda, que deveria haver uma nota de rodapé declarando que o termo “famílias” ainda deveria ser definido; já Serra Leoa sugeriu que as palavras “e beneficiários” fossem adicionadas após “famílias”. Quanto a essas sugestões, o coordenador manifestou-se apenas à da Síria, afirmando que a expressão “herdeiros” era muito restrita, além do fato de que em alguns casos as vítimas poderiam nem estar mortas.³⁶²

Contudo, mesmo havendo essas discussões quanto ao sentido que certos termos e expressões deveriam ter no texto do Estatuto, estavam lançadas as bases para o texto final de um artigo sobre o fundo, que foi, finalmente, redigido da seguinte forma:

Artigo 79. Fundo Fiduciário.

1. Por decisão da Assembléia dos Estados-parte será instituído um Fundo Fiduciário em benefício das vítimas de crimes sob a jurisdição do TPI e de suas famílias.
2. O Tribunal poderá determinar que as somas e os bens recebidos a título de multa ou seqüestro sejam transferidos ao Fundo Fiduciário.
3. O Fundo Fiduciário será administrado segundo os critérios a serem fixados pela Assembléia dos Estados-parte.³⁶³

³⁵⁹ BASSIOUNI, M. Cherif, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review*, n. 6, 2006, pp. 225-230.

³⁶⁰ ECHEVERRIA, op. cit., pp. 285-287.

³⁶¹ BASSIOUNI, “International Recognition of Victims’ Rights”, pp. 244-245.

³⁶² SCHABBAS, “35: Penalties”, op. cit., p. 1532.

³⁶³ Art. 79, Estatuto de Roma.

Assim como ocorreu com o artigo 75 do Estatuto, prevendo reparações às vítimas, uma vez definido o texto do artigo 79, fez-se necessária a regulamentação de suas disposições, detalhando, possivelmente, como se daria o processo de criação e administração do Fundo Fiduciário, bem como quais seriam suas atribuições. Logo, as Regras de Processo e Prova dedicariam especial atenção à questão do Fundo Fiduciário e seu papel fundamental na implementação do regime de reparações.³⁶⁴ A Regra 98 trata principalmente do Fundo, mas também apresenta maiores esclarecimentos quanto ao regime de reparações, notadamente as coletivas, complementado o já disposto nas regras 94 a 97. O texto final da Regra 98 é o seguinte:

Regra 98. Fundo Fiduciário.

1. Indenizações individuais outorgadas a título de reparação deverão ser exigidas diretamente da pessoa condenada.
2. O Tribunal pode exigir que uma indenização outorgada a título de reparação exigida de uma pessoa condenada seja depositada junto do Fundo Fiduciário quando no momento da decisão seja impossível ou impraticável efetuar a indenização a cada uma das vítimas. A indenização depositada junto ao Fundo deverá ser mantida separada dos demais recursos do Fundo e ser repassada a cada vítima o quanto antes possível.
3. O Tribunal pode exigir que uma indenização outorgada a título de reparação exigida de uma pessoa condenada seja efetuada por meio do Fundo Fiduciário quando o número das vítimas e o escopo, as formas e as modalidades das reparações tornem um título coletivo mais adequado.
4. Após consultas com os Estados interessados e o Fundo Fiduciário, o Tribunal pode exigir que uma indenização outorgada a título de reparação seja efetuada por meio do Fundo para uma organização intergovernamental, internacional ou nacional aprovada pelo Fundo.
5. Outros recursos do Fundo Fiduciário podem ser usados em benefício das vítimas de acordo com o previsto no artigo 79.³⁶⁵

O texto dessa regra, dada sua riqueza e complexidade, deve ser analisado cuidadosamente. Em primeiro lugar, de sua leitura depreende-se que não é necessário ao Fundo envolver-se em reparações diretamente feitas a indivíduos, pois isso já foi atribuído ao próprio Tribunal pelo artigo 75. Em segundo lugar, em situações nas quais as reparações não

³⁶⁴ BITTI, Gilbert; RIVAS, Gabriela González, “The Reparations Provisions for Victims Under the Roma Statute of the International Criminal Court”, *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press, 2006, pp. 315-320.

³⁶⁵ Regra 98, Regras de Processo e Prova. Outras referências ao Fundo Fiduciário, nas Regras de Processo e Prova, são a regra 148, sobre transferência de multas ou bens pelo Tribunal para o Fundo, a regra 218, sobre seqüestros de bens e reparações, e a regra 221, sobre alocação de propriedade ou somas apreendidas. Todas essas referências, contudo, dizem respeito apenas aos recursos advindos de ações e determinações do Tribunal, não mencionando outras formas de captação de recursos, como, por exemplo, doações voluntárias ao Fundo. Cf. FERSTMAN, Carla. “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims: Challenges and Opportunities”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 6, 2003, pp. 424-425.

puderem ser efetuadas diretamente para as vítimas em razão de, por exemplo, sua idade ou problemas de ordem psicológica ou psiquiátrica, o Fundo é a instituição mais recomendada para reter essa quantia até o momento em que as vítimas se encontrem em condição de recebê-la. Em terceiro lugar, e esse foi um ponto destacado por diversos participantes da Comissão Preparatória, o Fundo é a melhor instituição para administrar as reparações coletivas, dada a possibilidade de alcançar um maior número possível de vítimas com seus projetos e atividades.³⁶⁶ Em quarto lugar, muitas vezes o Fundo não terá experiência na distribuição de somas e organização de esforços coletivos, como a construção de hospitais ou escolas, fazendo-se necessário que ele busque a ajuda de organizações por ele aprovadas na implementação dessas reparações coletivas.³⁶⁷

Finalmente, e esse é um dos aspectos mais inovadores do Fundo, o último parágrafo da Regra 98 prevê que outros recursos do Fundo poderão ser usados em benefício das vítimas, ou seja, fontes outras que as advindas de multas e seqüestros determinados pelo Tribunal podem ser utilizadas pelo Fundo, fazendo com que, dessa maneira, além de uma função de depositário, ele seja um intermediário entre o Tribunal e vítima quando está não puder receber a reparação e, talvez o mais importante, seja um órgão capaz de determinar principalmente reparações coletivas com recursos de natureza diversa daqueles repassados pelo Tribunal.³⁶⁸ Ademais, discutiu-se na Comissão Preparatória a possibilidade do Tribunal proporcionar alguma forma de ajuda emergencial às vítimas antes mesmo de uma decisão condenatória, o que é perfeitamente justificável dada a notória demora que caracteriza alguns processos penais internacionais. Casos em que ajuda emergencial seria apropriada podem incluir pessoas que perderam suas casas e não têm acesso a saúde, alimentação e saneamento básico, e algumas delegações, como a Costa Rica, argumentaram que o Tribunal deveria ter capacidade de prestar ajuda emergencial às vítimas.³⁶⁹ Porém, muitas delegações acharam que

³⁶⁶ Nesse ponto específico, o Japão sugeriu que as reparações coletivas, por sua natureza especial, deveriam ser tratadas por uma regra específica, já que a Regra 98 lidava, primordialmente, com os recursos repassados pelo Tribunal ao Fundo a título de multas e seqüestros, ou seja, advindos da propriedade das pessoas condenadas, que, provavelmente, não seriam suficientes para prestar reparações individuais a vítimas diretas dos crimes e reparações coletivas beneficiando muitas vezes toda uma comunidade que sofreu os efeitos da conduta criminosa. Ver Proposta do Japão, de 17 de março de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE(6)/DP.4.

³⁶⁷ LEWIS; FRIMAN, op. cit., pp. 487-488.

³⁶⁸ INGADOTTIR, "The Trust Fund of the ICC", pp. 150-154.

³⁶⁹ É importante lembrar que, em casos envolvendo violência sexual, a ajuda médica emergencial é de fundamental importância uma vez que a maioria das vítimas contrai doenças sexualmente transmissíveis que, se não tratadas rapidamente, podem levar a sérias lesões no aparelho reprodutor das mulheres ou até mesmo à morte, como é caso de estupros que resultam na contaminação das vítimas com o vírus do HIV. Cf. DE BROUWER, op. cit., pp. 207-214.

o regime de reparações não seria o mais adequado para tratar de ajuda emergencial e também não incluíram nada quanto a isso nas regras relativas ao Fundo Fiduciário.³⁷⁰ Mas esse tema seria recuperado pela Assembléia dos Estados-Parte, como será visto adiante, quando da proposição do Regulamento do Fundo Fiduciário.

Contudo, tanto as funções a serem desempenhadas pelo Fundo quanto as fontes de financiamento de suas atividades serão tratadas a seguir. No momento, deve-se salientar que, assim como no regime de reparações, a combinação entre o Estatuto e as Regras de Processo e Provas criou com o Fundo um sistema altamente complexo e com potencial para lidar com praticamente todos os casos de reparações a vítimas com os quais o Tribunal venha a deparar-se.³⁷¹ Com o fim do processo de negociação, os próximos passos a serem dados eram a entrada em vigor do Estatuto com o número necessário de ratificações, a criação da Assembléia dos Estados-Parte, a aprovação dos documentos elaborados durante a Comissão Preparatória e, finalmente, a criação do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e Seus Familiares.

4.2 – A criação do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares.

Após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 1º de julho de 2002, foi criado o TPI e, com ele, a Assembléia dos Estados-Parte, como visto anteriormente. E já na primeira sessão da Assembléia, de 3 a 10 de setembro de 2002, duas resoluções foram aprovadas, sendo uma criando oficialmente o Fundo Fiduciário³⁷² e outra estabelecendo o processo de nomeação e eleição dos membros do Conselho de Administração do Fundo.³⁷³ Essas resoluções previam como seria a estrutura organizacional do Fundo, quais seriam as suas fontes de recurso e, o mais importante, as suas funções e atividades em benefício das vítimas.³⁷⁴ Além dessas duas resoluções, bem como outras posteriores que serviram para complementar a estrutura organizacional do Fundo, atenção especial será dada ao Regulamento do Fundo Fiduciário, aprovado pela Assembléia dos Estados-Parte em 3 de

³⁷⁰ LEWIS; FRIMAN, op. cit., pp. 488-489.

³⁷¹ BITTI; RIVAS, op. cit., 318-320.

³⁷² Resolução ICC-ASP/1/Res.6, de 9 de setembro de 2002.

³⁷³ Resolução ICC-ASP/1/Res.7, de 9 de setembro de 2002.

³⁷⁴ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, pp. 425-426.

dezembro de 2005 e documento de fundamental importância, pois detalha e esclarece diversas questões quanto às atribuições do Fundo, notadamente o que se optou por chamar de “cláusula do benefício”, que diz respeito à possibilidade de ajuda emergencial ser conferida pelo Fundo às vítimas de crimes sob a jurisdição do Tribunal mesmo não havendo decisão condenatória de alguma câmara do Tribunal contra um réu.

4.2.1 – Estrutura organizacional do Fundo Fiduciário

Tendo sido previsto como uma instituição independente do TPI, com administração e recursos próprios, o Fundo Fiduciário é formado por um Conselho de Administração de cinco membros eleitos pela Assembléia dos Estados-Parte a partir de cinco grupos que buscam representar diferentes culturas e continentes: o Grupo dos Estados Africanos, o Grupo dos Estados da Europa Oriental, o Grupo dos Estados da América Latina e Caribe, o Grupo de Estados Asiáticos e o Grupo da Europa Ocidental e Demais Estados. A primeira eleição para os membros do Conselho ocorreu em 12 de setembro de 2003 durante a Segunda Sessão da Assembléia dos Estados-Parte, e foram eleitos Sua Majestade Rania Al-Abdullah da Jordânia, representando o Grupo dos Países Asiáticos; Arcebispo Desmond Tutu, da África do Sul, representando os Estados Africanos; Tadeusz Mazowiecki, da Polônia, representando os Estados do Leste Europeu; Oscar Arias Sanchez, da Costa Rica, que renunciou ainda durante o seu primeiro mandato e foi substituído por Arthur N. R. Robinson, de Trinidad e Tobago, representando Grupo dos Estados da América Latina e do Caribe; e Simone Veil, da França, representando os Estados da Europa Ocidental e Demais Estados.³⁷⁵

Já durante a Sexta Reunião da Quinta Sessão da Assembléia dos Estados-Parte, realizada em 30 de novembro de 2006, foram reeleitos por aclamação o Arcebispo Desmond Tutu, Arthur G. Robinson, Tadeusz Mazowiecki e Simone Veil. O Grupo dos Estados Asiáticos apresentou candidato em janeiro de 2007, na Reunião de Encerramento da Quinta Sessão, na sede das Nações Unidas em Nova Iorque. No dia 1º de fevereiro de 2007, Bulga Altangerel (Mongólia) foi eleito como último membro do Conselho de Administração.³⁷⁶

³⁷⁵ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, p. 427.

³⁷⁶ Para maiores informações sobre os membros do Conselho de Administração do Fundo Fiduciário, consultar a página do Tribunal Penal Internacional no seguinte endereço: <http://www.icc-cpi.int/vtf.html> (Acesso em 16.11.07)

Esse Conselho de Administração, em que os membros possuem um mandato de três anos, trabalham de forma voluntária e reúnem-se ao menos uma vez por ano, é responsável pela administração do Fundo e dos recursos a ele repassados segundo as regras constantes no Estatuto de Roma e demais regulamentos, e deliberações feitas pela Assembléia dos Estados-Parte.³⁷⁷ Em 2004, a Assembléia dos Estados-Parte decidiu pela criação de um Secretariado do Fundo para auxiliar o Conselho de Administração no desenvolvimento de suas atividades, notadamente em atividades e projetos relativos à implementação das reparações ordenadas pelo TPI,³⁷⁸ pois uma vez que as reuniões do Conselho são anuais e servem mais para traçar a estratégia a ser aplicada pelo Fundo, um Secretariado presente e participativo é uma ferramenta indispensável³⁷⁹ para tratar de questões envolvendo, em primeiro lugar, as vítimas dos crimes que estão sendo investigados pelo Tribunal e também as vítimas de *todos os crimes sob a jurisdição do Tribunal*,³⁸⁰ uma questão que diz respeito ao alcance das atribuições do Fundo e que será tratada a seguir.

Aqui, o importante é perceber que a estrutura organizacional do Fundo permite que ele seja independente do Tribunal, ainda que em algumas situações necessite da colaboração do Secretariado do Tribunal, conforme já decidido pela Assembléia dos Estados-Parte.³⁸¹ Aliás, foi o Secretariado do Tribunal que possibilitou a realização da primeira reunião do Conselho de Administração do Fundo, em 2004, e também deu apoio na preparação do primeiro relatório do Conselho à Assembléia dos Estados-Parte, também em 2004, o que demonstra que o trabalho conjunto realizado por diferentes órgãos do Tribunal, todos agindo sob a tutela da Assembléia dos Estados-Parte, pode ter impacto ainda maior na área de reparações a vítimas, dada a complexa natureza dessa questão, interdisciplinar e interdepartamental por natureza.³⁸² Hoje, dotado de um Conselho de Administração e de um Secretariado próprio, o Fundo, em princípio, está bem equipado para desenvolver as atividades para os quais foi criado, entre, a arrecadação de contribuições e a obtenção e administração de demais recursos, como será visto agora.

³⁷⁷ Para maiores informações a respeito do Fundo, seu funcionamento e o estágio atual de seus trabalhos, ver <http://www.icc-cpi.int/vtf.html> (Acesso em 16.11.07).

³⁷⁸ As resoluções da Assembléia dos Estados-Parte que tratam da criação do Fundo (ICC-ASP/1/Res.6), da nomeação dos membros da Mesa Diretora (ICC-ASP/1/Res.7) e da criação do Secretariado do Fundo (ICC-ASP/3/Res.6) estão disponíveis em <http://www.icc-cpi.int/vtf.html> (Acesso em 16/11/07).

³⁷⁹ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, pp. 428-429.

³⁸⁰ DE BROUWER, op. cit., pp. 228-234.

³⁸¹ Resolução de 9 de setembro de 2002, ICC-ASP/1/Res.6, anexo, parágrafo 5.

³⁸² FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, pp. 428-429.

4.2.2 – Recursos do Fundo: apreensões de bens, reserva de valores para reparações determinadas pelo Tribunal e doações voluntárias.

Conforme decidido pela Assembléia dos Estados-Parte, os recursos do Fundo Fiduciário podem ser originados de quatro tipos de fonte: a) contribuições voluntárias de governos, organizações internacionais, indivíduos, corporações e outras entidades, de acordo com os critérios relevantes a serem estabelecidos pela Assembléia dos Estados-Parte; b) somas e demais bens coletados por meio de multas ou seqüestros transferidos ao Fundo pelo Tribunal de acordo com o disposto no Artigo 79, parágrafo 2, do Estatuto; c) recursos coletados por meio de títulos de reparação determinados pelo Tribunal, de acordo com a Regra 98 das Regras de Processo e Provas; e d) recursos, além dos já citados, que a Assembléia dos Estados-Parte decida alocar ao Fundo Fiduciário.³⁸³

Para solucionar as dúvidas existentes em relação ao funcionamento do Fundo, especialmente no tocante ao financiamento do mesmo e à implementação das decisões do TPI em matéria de reparações, a Assembléia dos Estados-Parte adotou, em 3 de dezembro de 2005, o Regulamento do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas e seus Familiares (Regulamento do Fundo).³⁸⁴ O Regulamento do Fundo, além de tratar de questões de ordem administrativa como a eleição dos membros do Conselho de Administração, a escolha do Secretariado e a relação entre esses dois órgãos,³⁸⁵ dedica diversos artigos à obtenção de recursos³⁸⁶ e aos projetos e atividades do Fundo.³⁸⁷ Como visto anteriormente, as Regras de Processo e Prova já trataram quase exaustivamente tanto dos recursos advindos de multas e seqüestros de valores e bens quantos dos recursos advindos de reparações individuais depositados temporariamente junto ao Fundo. Logo, atenção maior será dada neste momento

³⁸³ Resolução de 9 de setembro de 2002, ICC-ASP/1/Res.6, parágrafo 2.

³⁸⁴ Resolução de 3 de dezembro de 2005, ICC-ASP/4/Res.3, disponível em http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/ICC-ASP-4-32-Res.3_English.pdf (Acesso em 16.11.07).

³⁸⁵ Parágrafos 1 a 19 do Regulamento do Fundo.

³⁸⁶ Parágrafos 20 a 41 do Regulamento do Fundo.

³⁸⁷ Parágrafos 42 a 75 do Regulamento do Fundo.

às doações voluntárias ao Fundo, a fonte que, nos primeiros estágio de funcionamento dessa instituição, pode ser de maior importância para o benefício das vítimas.³⁸⁸

No âmbito das doações voluntárias, o Conselho de Administração será responsável por campanhas e missões de arrecadação³⁸⁹ de recursos junto a governos, organizações internacionais, corporações, indivíduos³⁹⁰ e demais entidades,³⁹¹ sendo que é mencionado expressamente que o Conselho deverá adotar uma estratégia específica sobre como obter contribuições financeiras de instituições privadas,³⁹² como bancos e empresas, além de adotar mecanismos de verificação das fontes desses mesmos recursos.³⁹³ Outro dado importante é o fato de que doações voluntárias de governos não podem ser destinadas a um projeto ou atividade específica do Fundo (“*earmarked*”), ou seja, não pode haver por parte de um Estado a determinação prévia do destino final dos recursos doados, pois isso poderia levar a usos políticos do Fundo.³⁹⁴ Já doações voluntárias de outras entidades podem ser destinadas a atividades ou projetos específicos do Fundo até 1/3 do seu total, e desde que sejam comprovadamente em benefício das vítimas e não resultem em discriminação do indivíduo ou grupo a que se destina.³⁹⁵ As doações voluntárias também podem ser recusadas por diferentes motivos pelo Fundo, como, por exemplo, quando forem consideradas contrárias aos objetivos e atividades do Fundo,³⁹⁶ quando puderem afetar a independência do Fundo, ou quando sua destinação a um projeto ou atividade específica do Fundo for considerada inadequada.³⁹⁷ É importante aqui mencionar que o Fundo manterá contas separadas dependendo da natureza da Fonte e de sua destinação, havendo, por exemplo, uma Conta Geral em benefício das vítimas

³⁸⁸ INGADOTTIR, Thordis, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, in INGADOTTIR, Thordis (ed.), *The International Criminal Court: Recommendations on Policy and Practice*, Brill Academic Publishers, 2003, pp. 126-129.

³⁸⁹ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, pp. 429-430.

³⁹⁰ Nesse sentido, indivíduos como o multimilionário Bill Gates, dono da Microsoft, e Bono Vox, cantor da banda irlandesa U2, são importantes não só pela possibilidade de doarem quantias significativas, mas principalmente por serem conhecidos na mídia por seu engajamento em campanhas de cunho social e humanitário. Cf. REISMAN, William M.; ARSANJANI, Mahnoush H. “The Law-in-Action of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, n. 99, 2005, pp. 401-403.

³⁹¹ Parágrafo 23, Regulamento do Fundo.

³⁹² Parágrafo 24, Regulamento do Fundo.

³⁹³ Parágrafo 26, Regulamento do Fundo.

³⁹⁴ Parágrafo 27, Regulamento do Fundo.

³⁹⁵ Parágrafo 27 (a) e (b), Regulamento do Fundo.

³⁹⁶ Nesse sentido, uma doação feita por um indivíduo acusado de crimes internacionais ou por Estado que é notório violador de direitos humanos poderiam ser recusadas pelo Fundo. Cf. REISMAN; MARSANJANI, op. cit., pp. 397-400.

³⁹⁷ Parágrafo 30, Regulamento do Fundo.

onde todas as doações não especificadas são depositadas.³⁹⁸ Um projeto ou atividade específica do Fundo terá uma conta separada, para onde as apreensões de bens e doações voluntárias específicas serão enviadas, como, por exemplo, em um dos casos atualmente sob julgamento no Tribunal. No presente momento, o Fundo dispõe apenas de recursos advindos de doações voluntárias de Estados, organizações e indivíduos, totalizando o montante de €2.612.049,31 atualizado até 30 junho de 2007,³⁹⁹ sendo que um novo relatório das atividades financeiras do Fundo está previsto para o primeiro semestre de 2008.

Mesmo que, em um primeiro momento, a quantia esteja muito aquém das necessidades pelas quais passam as vítimas, as doações voluntárias, por diversos motivos, são melhor forma de prover o Fundo com recursos. Em primeiro lugar, as doações voluntárias são obtidas e administradas exclusivamente pelo Fundo, possuindo ele um grau de independência grande em relação ao TPI no tocante à utilização dos recursos advindos de doações.⁴⁰⁰ Em segundo lugar, as doações voluntárias são de mais fácil obtenção que as outras fontes de recursos disponíveis ao Fundo.⁴⁰¹ Por exemplo, como obter acesso e congelar os bens de condenados por crimes internacionais quando a maioria desses indivíduos não os declara e inclusive alegam indigência perante tribunais internacionais?⁴⁰² Se dependesse muito desse tipo de fonte, o Fundo dificilmente teria condições de elaborar projetos de atividades, porque estaria sempre na dependência do Tribunal conseguir ou não acesso a bens ou valores dos indivíduos acusados e condenados pelos crimes sobre os quais tem jurisdição.⁴⁰³ Finalmente, em terceiro lugar, doações voluntárias, quando existe uma tendência política positiva, têm a possibilidade de serem somas vultuosas, superando em muito o valor de eventuais multas e apreensões de bens impostas pelo Tribunal. Por exemplo, para um fundo fiduciário criado pelo Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD) para Ruanda, criado em 1995, países como a Holanda e o Japão doaram, respectivamente, US\$ 55 milhões e US\$ 22 milhões até 2003.⁴⁰⁴ Contudo, as doações voluntárias são extremamente voláteis, pois estão ligadas à vontade política dos doadores, geralmente Estados que se sentem na “obrigação

³⁹⁸ Parágrafo 28, Regulamento do Fundo.

³⁹⁹ Relatório do Conselho de Administração do Fundo Fiduciário sobre seus projetos e atividades para o período de 1º de julho de 2006 a 30 de junho de 2006, ICC-ASP/6/11, disponível em http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-11_English.pdf (Acesso em 16.11.07).

⁴⁰⁰ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, pp. 430-431.

⁴⁰¹ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., p. 126.

⁴⁰² SCHABAS, *An Introduction*, p. 175.

⁴⁰³ REISMAN; MARSANJANI, op. cit., pp. 402-403.

⁴⁰⁴ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Roma Statute)”, op. cit., p. 127.

moral” de contribuir com vítimas internacionais, e são muito condicionadas pelo cenário político internacional, pela atenção que a mídia internacional oferece ao problema em questão e pelo seu caráter emergencial, não sendo, logo, recomendável que uma instituição como o Fundo dependa em demasia delas para financiar seus projetos e atividades.⁴⁰⁵

Quanto aos bens e valores apreendidos por ordem do TPI, quando uma Câmara do TPI decidir pela aplicação de multas a um acusado ou ordenar a apreensão de seus bens, o Conselho de Administração deverá ser consultado pela Câmara para emitir opinião oral ou escrita quanto à transferência desses bens e valores ao Fundo.⁴⁰⁶ Ademais, o Presidente do TPI deverá requisitar ao Conselho de Administração opinião oral ou escrita quanto à utilização e alocação dos bens e valores apreendidos, sempre dando prioridade para a reparação às vítimas do crime em questão.⁴⁰⁷ Esse mecanismo, contudo, não impede que um indivíduo sob a jurisdição do TPI declare indigência e impeça o acesso a quaisquer bens e valores seus que não tenha declarado. Nesse sentido, a cooperação com os Estados-parte é fundamental, pois muitas vezes as organizações policiais e judiciárias dos países podem obter acesso a bens valores registrados sobre o nome de outras pessoas relacionadas ao acusado, ou então a dinheiro depositado em contas no exterior, como é freqüentemente tentado nos casos envolvendo traficantes de drogas que agem internacionalmente.⁴⁰⁸ O Regulamento também trata dos recursos advindos de reparações individuais determinadas pelo Tribunal e que devem ser mantidas separadas dos demais valores depositados⁴⁰⁹ e recursos alocados pela Assembléia dos Estados-Parte mediante requisição feita pelo Conselho de Administração,⁴¹⁰ devendo tais recursos, quando a Assembléia não se pronunciar sobre sua destinação, serem depositados na Conta Geral do Fundo para benefício das vítimas e seus familiares, quando for o caso.⁴¹¹

Além disso, o Regulamento prevê um constante rastreamento dos recursos do Fundo para efetivar sua implementação em benefício das vítimas,⁴¹² como, por exemplo, o recebimento por parte dos beneficiários de todos os recursos atribuídos, constando a data da

⁴⁰⁵ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Roma Statute)”, pp. 127-129.

⁴⁰⁶ Regra 148, Regras de Processo e Provas, e Parágrafo 31, Regulamento do Fundo.

⁴⁰⁷ Regra 221, Regras de Processo e Provas, e Parágrafo 32, Regulamento do Fundo.

⁴⁰⁸ SCHABAS, *An Introduction*, pp. 174-175.

⁴⁰⁹ Parágrafo 34, Regulamento do Fundo.

⁴¹⁰ Parágrafo 35, Regulamento do Fundo.

⁴¹¹ Parágrafo 36, Regulamento do Fundo.

⁴¹² Parágrafo 39, Regulamento do Fundo.

decisão do TPI ordenando a reparação, a data de recebimento do beneficiário e, quando possível, a data de pagamento da entidade doadora.⁴¹³ Esse procedimento de certificação das doações e demais recursos se justifica pelo fato do processo de benefício às vítimas dever ser o mais transparente possível para evitar fraudes e enriquecimento ilícito com os recursos destinados às vítimas,⁴¹⁴ prevendo inclusive a elaboração de relatórios anuais detalhadas Conselho de Administração para apresentação na Assembléia dos Estados-Parte,⁴¹⁵ além de ser feita uma análise das contas do Fundo por um auditor externo indicado pela Comissão de Finanças e Orçamento da própria Assembléia.⁴¹⁶ Logo, uma vez analisado o processo de captação de recursos pelo Fundo, é o momento de identificar quais os poderes e atribuições do Fundo, quais os projetos e atividades e atividades que ele pode e deve levar a cabo em benefício das vítimas.

4.2.3 – As atribuições do Fundo: o caráter subsidiário ao TPI em matéria de reparações e a “cláusula do benefício”.

O Fundo, ao ser criado com a intenção de salvaguardar os interesses e o bem-estar das vítimas e seus familiares, tem o potencial de se tornar uma instituição modelo no que diz respeito à reparação das vítimas⁴¹⁷ e, nesse sentido, ultrapassar o ímpeto meramente punitivo dos tribunais penais internacionais anteriores, sedimentando-se como uma instituição de efetiva proteção internacional dos direitos humanos, ligada a um tribunal independente, permanente e de jurisdição reconhecida por seus Estados-parte⁴¹⁸, que hoje já somam mais de 104.⁴¹⁹ Ou seja, por intermédio do Fundo, o Tribunal poderia trabalhar para a restauração da

⁴¹³ Parágrafo 39(f), Regulamento do Fundo.

⁴¹⁴ SCHABAS, *An Introduction*, p. 175.

⁴¹⁵ Parágrafo 76, Regulamento do Fundo.

⁴¹⁶ Parágrafo 77, Regulamento do Fundo.

⁴¹⁷ FISCHER, Peter G. “The Victims’ Trust Fund of the International Criminal Court – Formation of a Functional Reparations Scheme”, *Emory Journal of International Law*, v. 17, 2003, pp. 236-239.

⁴¹⁸ É importante frisar que as duas instituições, o Fundo e o TPI, são independentes, apesar de ambas terem nascido com a entrada em vigor do Estatuto de Roma.

⁴¹⁹ Montenegro, que havia ratificado o Estatuto em 6 de junho de 2006, tornou-se o 103º Estado-parte do Estatuto em 23 de outubro de 2006, e o Chade, após depósito do instrumento de ratificação em 1º de novembro de 2006, tornou-se o 104º Estado-parte do Estatuto em 1º de janeiro de 2007. Para maiores informações sobre os Estados-parte do Estatuto, ver <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html> (Acesso em 16.11.2007).

paz ao aplicar a justiça retributiva aos criminosos e a justiça restaurativa às vítimas.⁴²⁰ Para tanto, é necessário que seus poderes sejam interpretados da forma mais ampla possível,⁴²¹ pois assim será mais provável que as vítimas vejam atendidas suas necessidades mais prementes ao mesmo tempo em que os responsáveis pelos danos a elas causados sejam levados à justiça.⁴²²

Em primeiro lugar, ao analisar os poderes do Fundo, é muito importante ressaltar que o Fundo só pode agir em situações que estejam sob a jurisdição do TPI, ou seja, apenas situações ligadas aos seguintes delitos: crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.⁴²³ Ademais, os crimes sob a jurisdição do TPI deverão ser posteriores à data de entrada em vigor do Estatuto, 1º de julho de 2002 (ou depois, caso o Estado em questão tenha ratificado o Estatuto após essa data).⁴²⁴ Por fim, para haver jurisdição, o crime deve ocorrer no território de um Estado-parte ou deve ser cometido pelo nacional de um Estado-parte.⁴²⁵ Não há, contudo, a exigência de que o Fundo aja apenas nas situações específicas que estejam sendo investigadas e julgadas pelo TPI,⁴²⁶ podendo eventualmente atuar em demais situações relacionadas a crimes que ainda não foram investigados e julgados pelo TPI,⁴²⁷ dessa forma atendendo ao clamor de diversas ONGs que vêem o Fundo como uma instituição capaz de dedicar-se a todas as questões envolvendo vítimas de crimes internacionais.⁴²⁸ A ausência de uma limitação expressa ao campo de ação de Fundo pode servir de instrumento para que seus projetos e atividades atinjam um número muito maior de vítimas, como, por exemplo, no caso de vítimas de crimes sexuais que não estão sendo

⁴²⁰ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., p. 113.

⁴²¹ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, op. cit., pp. 433-434.

⁴²² DE BROUWER, op. cit., p. 218.

⁴²³ Artigos 5 a 8 do Estatuto de Roma. A Fundo também poderia agir em situações ligadas ao crime de agressão, previsto no Artigo 5(d), mas a sua tipificação ainda não consta no Estatuto, devendo a Assembléia dos Estados-Parte deliberar posteriormente sobre a definição desse crime, estando prevista uma conferência de revisão do Estatuto para 2009, em que será apresentada uma proposta de definição do crime de agressão. Para maiores informações, consultar <http://www.icc-cpi.int/asp/aspaggression.html> (Acesso em 16.11.07).

⁴²⁴ Artigo 11 (1)(2).

⁴²⁵ Artigo 12 (2)(a)(b).

⁴²⁶ Até o presente momento o TPI está investigando e julgando situações ocorridas em quatro países: Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana e Darfur, no Sudão. O último caso foi levado ao TPI por recomendação do Conselho de Segurança da ONU, enquanto os outros três foram levados pelos respectivos países. Para maiores informações sobre as situações e casos sob a jurisdição do TPI, ver <http://www.icc-cpi.int/cases.html> (Acesso em 16.11.07).

⁴²⁷ O Fundo, até o presente momento, tem concentrado seu trabalho nos países com casos perante o TPI, notadamente Uganda. Ver <http://www.icc-cpi.int/vtf/vtfreports.html> (Acesso em 16.11.07).

⁴²⁸ TOMUSCHAT, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 10, 2002, pp. 183-184.

investigados no momento pelo Tribunal, mas que estão sob sua jurisdição.⁴²⁹ Esse desenho institucional permitindo um amplo raio de ação ao Fundo é um de seus aspectos mais inovadores, mas não se exata noção até que ponto ele será exercido na sua plenitude.⁴³⁰

No momento, as atenções devem ser voltadas aos poderes do Fundo de acordo com o Estatuto, as Regras de Processo e Provas e, principalmente, o recentemente aprovado Regulamento. Como visto anteriormente, segundo o artigo 75 do Estatuto de Roma, o TPI poderá determinar em sua sentença, mediante requerimento ou, excepcionalmente, de ofício, o alcance e a magnitude dos danos, perdas ou prejuízos causados às vítimas e qual a melhor forma de determinar a reparação devida.⁴³¹ Ainda, quando for apropriado, o TPI poderá ordenar que a indenização outorgada a título de reparação seja paga através do Fundo.⁴³² Aqui, o Fundo assume o papel de um *intermediário* entre o condenado e as vítimas, especialmente naqueles casos em que o Tribunal determinar que a melhor forma de reparação é uma indenização, pois em casos de restituição de bens, por exemplo, a Câmara específica do TPI encarregada do caso pode fazer a transferência direta do bem, sem necessitar da ajuda do Fundo.⁴³³ Essa é uma função cujo desempenho faz o Fundo subsidiário do Tribunal, não podendo agir segundo suas próprias convicções e devendo ser acionado antes por alguma ordem do TPI.⁴³⁴

O artigo 79 do Estatuto também prevê que somas e bens recebidos pelo TPI a título de multa ou seqüestro sejam transferidos ao Fundo,⁴³⁵ devendo ser mantidos separadamente dos montantes destinados às vítimas mencionados no artigo 75. Ou seja, uma das outras atribuições do Fundo seria a de um *depositário* encarregado de armazenar bens e valores apreendidos dos acusados e, posteriormente, repassar às vítimas as reparações individuais que lhe são devidas, a partir de um pedido do próprio TPI.⁴³⁶ No desempenho dessa segunda função, o Fundo também ocupa uma posição subsidiária à do Tribunal, pois será uma Câmara do Tribunal que decidirá a respeito das reparações às vítimas e será também uma Câmara que exigirá multas ou seqüestro dos bens do condenado pelo crime em questão, posteriormente

⁴²⁹ DE BROUWER, op. cit., p. 229.

⁴³⁰ Ibidem, pp. 230-231.

⁴³¹ Artigo 75(1), Estatuto de Roma.

⁴³² Artigo 75(2), Estatuto de Roma.

⁴³³ INGADOTTIR, “The Trust Fund of the ICC”, op. cit., pp. 154-155.

⁴³⁴ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, op. cit., pp. 432-433.

⁴³⁵ Art. 79(2), Estatuto de Roma.

⁴³⁶ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 323-324.

repassando o valor para o Fundo. Logo, a função ora analisada não difere em muito daquela já desempenhada por outros fundos e demais entidades encarregadas de repassar recursos a vítimas de violações de direitos humanos por parte de Estados, por exemplo, sempre cumprindo a determinação prévia de um tribunal ou corte.⁴³⁷

No que diz respeito às reparações coletivas, de acordo com a Regra 98 das Regras de Processo e Evidência, quando o número de vítimas e a natureza do dano fazem com que uma reparação coletiva seja mais adequada, o TPI pode exigir que tal reparação coletiva seja feita através do Fundo.⁴³⁸ Ademais, o TPI, mediante consulta com os Estados interessados e o próprio Fundo, pode decidir que um montante aferido a título de reparação seja repassado pelo Fundo a uma organização intergovernamental, internacional ou nacional aprovada pelo Fundo⁴³⁹, a fim de que a reparação de fato sirva de benefício às vítimas ou familiares das mesmas em determinada localidade.⁴⁴⁰ Logo, uma terceira atribuição do Fundo, de extrema importância para este estudo, diz respeito ao *pagamento de reparações coletivas* e à avaliação dos melhores métodos disponíveis para que tais reparações se tornem efetivas, o que inclui a participação de organizações internacionais no processo.⁴⁴¹ No caso específico das reparações coletivas, alguns argumentos calcados em eficiência e efetividade levam a crer que, quando possível, é melhor prestar auxílio às vítimas coletiva e não individualmente. Em primeiro lugar, como o Fundo provavelmente contará com recursos escassos, o investimento desses recursos no maior número possível de pessoas será muito mais proveitoso do que em alguns casos individuais. Em segundo lugar, o auxílio meramente individual, quando atendendo a diversas demandas, pode levar ao esgotamento dos recursos do Fundo inclusive em razão dos gastos excessivos com operações administrativas de transferência de valores. Finalmente, o auxílio coletivo tem a vantagem de poder atingir vítimas que não foram identificadas e que, muitas vezes em razão da sua própria condição e de eventual preconceito das comunidades das quais fazem parte, não têm condições de exigir seu direito a reparações por meio de procedimentos formais.⁴⁴² Muitas vezes, quando o Fundo não tiver condições ele mesmo de implementar uma reparação coletiva, ele pode fazer uso do disposto na Regra 98 e pedir a colaboração de alguma organização que tenha experiência na proposta em questão, como, por

⁴³⁷ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., pp. 111-113.

⁴³⁸ Regra 98(3), Regras de Processo e Provas.

⁴³⁹ Regra 98(4), Regras de Processo e Provas.

⁴⁴⁰ KITTICHAISAREE, p. 324.

⁴⁴¹ Parágrafos 69 e 70 do Regulamento do Fundo.

⁴⁴² INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., pp. 133-134.

exemplo, a construção de uma escola na língua nativa da população local ou a construção de um hospital dirigido às doenças mais comuns naquela determinada área.⁴⁴³

Mas talvez o ponto mais importante e inovador do Regulamento seja aquele tocante aos projetos e atividades do Fundo e às situações em que ele pode *agir por iniciativa própria*, sem necessitar de uma decisão final de uma Câmara do TPI.⁴⁴⁴ Em princípio, a única exigência imposta às reparações é que elas sejam sempre em benefício das vítimas, conforme definidas na Regra 85 das Regras de Processo e Prova, consistindo nas pessoas físicas que tenham sofrido dano como resultado de um crime sob a jurisdição do TPI, incluindo suas famílias, e eventualmente também podem ser consideradas vítimas organizações ou instituições dedicadas a fins religiosos, educacionais, artísticos, científicos ou assistenciais que tenham sofrido dano a sua propriedade ou a seus monumentos históricos, hospitais e demais lugares e objetos de propósito humanitário.⁴⁴⁵ Esse conceito abrangente de “vítima”, como referido anteriormente, pode permitir que um vilarejo diretamente afetado por um conflito sob investigação do TPI seja auxiliado pelo Fundo, quando, por exemplo, não houver água potável ou faltarem medicamentos essenciais às vítimas no posto de saúde local, duas possibilidades muito freqüentes no âmbito dos conflitos africanos que geraram os primeiros casos do TPI.

Segundo o Regulamento, quando os recursos são advindos de uma decisão do TPI no tocante a reparações, eles devem ser implementados unicamente em benefício das vítimas dos crimes pelos quais o réu foi condenado.⁴⁴⁶ Contudo, como é possível que o procedimento perante o TPI seja prolongado e muito complexo, dada a natureza e gravidade dos crimes cometidos, a dificuldade na obtenção de documentos e na identificação de testemunhas e vítimas, muitas vezes as vítimas podem nem chegar a ver uma sentença condenatória do indivíduo acusado. Logo, existe uma necessidade grande de ação imediata de auxílio às vítimas, antes mesmo de uma sentença condenatória proferida pelo TPI. É nesse momento que entra em ação o disposto nos parágrafos 47 e 48 do Fundo, onde os recursos advindos de outras fontes que não decisões do TPI sobre reparação, multas ou apreensão de bens e valores podem ser implementados em benefício das vítimas de danos físicos, psicológicos e materiais

⁴⁴³ DE BROUWER, op. cit., pp. 226-228.

⁴⁴⁴ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., p. 131.

⁴⁴⁵ Regra 85, Regras de Processo e Provas, e Parágrafo 42, Regulamento do Fundo.

⁴⁴⁶ Parágrafo 46, Regulamento do Fundo.

resultantes dos crimes cometidos, bem como seus familiares.⁴⁴⁷ Além disso, o parágrafo 50(a)(i) define que o Fundo estará ocupado com certa questão quando o Conselho de Administração considerar que é necessário providenciar reabilitação física ou psicológica ou apoio material em benefício das vítimas e suas famílias.⁴⁴⁸

Esses artigos evidenciam a natureza dupla do Fundo: por um lado, o Fundo deve implementar as reparações determinadas pelo TPI, devendo esperar por uma sentença final desse tribunal para poder agir, tendo, nesses casos, natureza subsidiária ao Tribunal; por outro lado, os demais recursos disponíveis ao Fundo podem ser implementados “em benefício das vítimas e seus familiares” sem depender de uma decisão final do TPI quanto à responsabilidade penal individual do acusado pelo crime em questão.⁴⁴⁹ Essa “*cláusula do benefício*”, advinda de uma leitura conjunta dos parágrafos 47, 48 e 50 do Regulamento, expande o âmbito de atuação do Fundo e demonstra ser ele, de fato, uma instituição independente do TPI e que tem real condição de agir segundo sua própria convicção quando entender ser necessário e emergencial adotar determinada conduta e implementar algum projeto específico.⁴⁵⁰ Ademais, o Regulamento estabelece os princípios gerais para a ação do Fundo, afirmando que o Conselho de Administração pode e deve reunir-se com as vítimas, seus familiares, seus representantes legais e demais especialistas e organizações para identificar quais as melhores formas de conduzir suas atividades e projetos.⁴⁵¹

Assim, sempre que o Conselho de Administração considerar necessário providenciar às vítimas e seus familiares, quando se tratar de pessoas físicas, reabilitação física ou psicológica ou alguma outra forma de auxílio material, o TPI deverá ser informado dessa decisão e a Câmara que analisa o caso específico deverá se pronunciar sobre o projeto proposto pelo Conselho. Caso a Câmara entenda que as atividades propostas não afetam a jurisdição ou a admissibilidade do caso em questão, a presunção de inocência do acusado e seu direito a um julgamento justo e imparcial, o Conselho pode implementar o referido projeto em benefício das vítimas.⁴⁵² Logo, ainda que possa agir por iniciativa própria, esse mecanismo do parágrafo 50 existe para impedir que determinadas atividades do Fundo

⁴⁴⁷ Parágrafos 47 e 48, Regulamento do Fundo.

⁴⁴⁸ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, op. cit., pp. 432-433.

⁴⁴⁹ FERSTMAN, “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims”, op. cit., p. 426.

⁴⁵⁰ DE BROUWER, op. cit., pp. 230-231.

⁴⁵¹ Parágrafo 49, Regulamento do Fundo.

⁴⁵² Parágrafo 50, Regulamento do Fundo.

invadam a esfera processual e causem algum prejuízo à defesa do réu, o que, segundo a Anistia Internacional, é uma decisão perfeitamente de acordo com os princípios do Tribunal, tanto no que diz respeito aos direitos das vítimas quanto aos direitos do acusado, apesar da ONG considerar que os projetos e atividades propostos pelo Fundo dificilmente serão ameaças aos direitos do acusado.⁴⁵³

Por fim, o Regulamento prevê a conduta específica do Fundo no tocante à implementação de reparações individuais⁴⁵⁴, de acordo com a Regra 98(2), reparações coletivas⁴⁵⁵, de acordo com a Regra 98(3), e reparações a serem implementadas por intermédio de uma organização intergovernamental, internacional ou nacional⁴⁵⁶, de acordo com a Regra 98(4). Contudo, uma vez que ainda não houve decisão condenatória do TPI e, conseqüentemente, não há ordem para pagamento de reparações individuais ou coletivas, o único mecanismo existente para auxiliar as vítimas dos crimes sob jurisdição do TPI é a “cláusula do benefício”, como anteriormente demonstrado, pois a mesma depende apenas da vontade e iniciativa do Conselho de Administração do Fundo e do diálogo entre o mesmo e o TPI para que não haja qualquer desrespeito aos direitos e garantias do acusado em questão.

Essa, portanto, é a estrutura legal e institucional do Fundo Fiduciário, o que ao menos indica tratar-se esse órgão da instituição mais adequada para lidar com as vítimas e seus interesses de uma forma ampla. Contudo, uma das dificuldades de uma instituição revolucionária como o Fundo é que não se tem exata noção de como ela desempenhará suas funções, quais os obstáculos que serão colocados no seu caminho e, finalmente, quais as possíveis soluções que se apresentam para superar esses obstáculos. O próximo ponto do capítulo versa exatamente sobre essas questões.

4.3 – Desafios e Possibilidades para o Fundo: contribuições de órgãos e iniciativas voltados às vítimas.

⁴⁵³ AMNESTY INTERNATIONAL, *International Criminal Court: Comments and recommendations following the fourth session of the Assembly of States Parties*. Londres: Amnesty International, 2006, pp. 7-8.

⁴⁵⁴ Parágrafos 59 a 68, Regulamento do Fundo.

⁴⁵⁵ Parágrafos 69 a 72, *idem*.

⁴⁵⁶ Parágrafos 73 a 75, *idem*.

O Fundo Fiduciário já está, oficialmente, em funcionamento, mas ainda não há notícias sobre projetos e atividades seus sendo levados a cabo. Além disso, como ainda não houve alguma decisão condenatória em relação a algum dos casos sob julgamento no TPI, não houve tampouco alguma determinação de reparações a vítimas pelas Câmaras do Tribunal, apenas decisões concernentes ao direito das vítimas de participar do processo criminal desde a fase de investigação, como na situação da República Democrática do Congo.⁴⁵⁷ Logo, uma vez ainda não tendo sido acionado o Fundo Fiduciário, é difícil fazer previsões, tanto positivas quanto negativas, do trabalho a ser desempenhado pelo mesmo.

Contudo, como mencionado no texto, alguns problemas já podem ser percebidos quanto ao trabalho do Fundo, notadamente na questão de coordenação das atividades juntamente com o TPI, na questão de identificação de vítimas e determinação de reparações coletivas e na questão do levantamento de recursos para financiar as atividades do Fundo. Além disso, há ainda a dificuldade adicional de não haver qualquer precedente no direito internacional de um fundo fiduciário com tantos poderes e atribuições como o do Estatuto de Roma, sendo, portanto, difícil achar modelos que possam servir de inspiração e de guia para as atividades futuras a serem desempenhadas pelo Fundo. Na análise de eventuais possibilidades de ação para o Fundo, serão utilizadas declarações de membros do Fundo, inclusive entrevistas concedidas por André Laperrière, Diretor-Executivo do Fundo, durante missões em países com situações sendo analisadas pelo TPI, como é caso da República Democrática do Congo e de Uganda.

4.3.1 – O Fundo Fiduciário frente ao Tribunal Penal Internacional.

Um dos primeiros obstáculos que o Fundo deverá superar, contando com a colaboração do próprio Tribunal, é a ideia de que reparações civis não devem ser tratadas em um mesmo ambiente que sanções penais.⁴⁵⁸ Em primeiro lugar, o TPI, por definição, é uma instituição direcionada ao processo criminal e à responsabilização do indivíduo, enquanto que

⁴⁵⁷ Câmara de Questões Preliminares I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo: Public Redaction Version, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, ICC-01/04, de 17 de janeiro de 2006.

⁴⁵⁸ Há autores que sugerem a criação de um Tribunal Internacional de Responsabilidade Civil para tratar das reparações separadamente do processo criminal, ou até mesmo de uma Comissão Internacional de Reparação. Cf. SAN JOSÉ, Daniel Garcia, “El Derecho a La Justicia de Las Víctimas de Los Crímenes Más Graves de Transcendencia Para La Comunidad Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n. I, v. LVIII, 2006, pp. 139-142

o Fundo se preocupará exclusivamente com as vítimas, pois foi em virtude delas que ele foi criado. Além disso, a formação dos profissionais que trabalham para o Fundo é principalmente nas áreas de direitos humanos e ajuda humanitária, enquanto que os funcionários do Tribunal são predominantemente de formação criminal.⁴⁵⁹ Logo, há a possibilidade de falhas de comunicação entre o Fundo e o Tribunal dificultarem, por exemplo, a determinação de uma reparação coletiva em favor de um determinado grupo de vítimas, pois a reparação será aferida por pessoas que, em princípio, estão menos a par dos problemas das vítimas que os funcionários do Fundo.⁴⁶⁰ Ademais, eventuais problemas de comunicação na determinação de reparações podem ser ainda mais comuns uma vez que o Estatuto e as Regras de Processo e Provas não mencionam o Fundo como uma das partes a serem consultadas pelo Tribunal, nem mesmo no caso de reparações coletivas.⁴⁶¹

Uma eventual solução para esse primeiro impasse entre o Fundo e o TPI pode ser encontrada no próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 21, parágrafo 3º, o qual afirma:

Artigo 21. Direito Aplicável.

(...)

3. A aplicação e a interpretação do direito previsto no presente artigo deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem distinção alguma baseada em motivos como o gênero, definido no artigo 7º, parágrafo 3º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou de outra natureza, a origem nacional, étnica ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição.⁴⁶²

Ou seja, o Tribunal sempre deverá levar em conta o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, no caso específico das reparações, documentos internacionais, como os Princípios Básicos e a jurisprudência de tribunais de direitos humanos, como a CIDH.⁴⁶³ Ademais, não havendo precedentes de tribunais penais internacionais outorgando reparação a vítimas, é natural que o TPI busque subsídios para o desempenho de sua função reparatória

⁴⁵⁹ HENZELIN, Marc; HEISKANEN, Veijo; METTRAUX, Guénaél, “Reparations to Victims Before The International Criminal Court: Lessons From International Mass Claims Processes”, *Criminal Law Forum*, n. 17, 2006, pp. 327-341.

⁴⁶⁰ Houve críticas de ONGs ao TPI, como a Women’s Initiatives for Gender Justice, pelo fato da maioria da população de Uganda não ter conhecimento do caso frente ao Tribunal, em virtude, principalmente, de uma falta de comunicação do Tribunal com a população e as vítimas locais. Em contrapartida, o Diretor-Executivo do Fundo já realizou viagens para Uganda e para a República Democrática do Congo para Consultar com vítimas. Cf. DE BROUWER, op. cit., pp. 222-224.

⁴⁶¹ Artigo 75(3), Estatuto de Roma e Regra 97(2), Regras de Processo e Prova. Cf. FERSTMAN, “The Reparation Regime of the International Criminal Court”, op. cit., pp. 675-677.

⁴⁶² Art. 21(3), Estatuto de Roma.

⁴⁶³ BITTI; RIVAS, op. cit., pp. 302-306.

em instituições voltadas à salvaguarda dos direitos humanos e, conseqüentemente, dos interesses das vítimas.⁴⁶⁴ Ainda, a existência de uma Unidade de Vítimas e Testemunhas no próprio TPI tornará necessária a utilização ainda maior de especialistas em direitos humanos e questões relativas a vítimas, sanando, dessa forma, uma eventual falha de comunicação entre os funcionários do Fundo e do TPI.⁴⁶⁵ Por fim, o fato de não haver menção expressa ao Fundo no artigo 75(3) do Estatuto e na Regra 97(2) não chega a ser um obstáculo intransponível para a cooperação entre o TPI e o Fundo, mas, de qualquer maneira, essa lacuna poderia ser preenchida com uma eventual emenda aos dois instrumentos legais no sentido de mencionarem expressamente o Fundo como entidade a ser consultada antes da determinação de reparações por parte de uma câmara do Tribunal.

Outra dificuldade que pode ser enfrentada pelo Fundo diz respeito a um eventual conflito de competências entre essa instituição e a Unidade de Vítimas e Testemunhas do TPI, anteriormente mencionada. A Unidade de Vítimas e Testemunhas, prevista pelo Estatuto, foi criada para implementar medidas de proteção, segurança e assistência para testemunhas, vítimas que compareçam perante o Tribunal e outras pessoas que possam estar em risco em razão do depoimento prestado pelas testemunhas.⁴⁶⁶ Por ser um órgão incorporado ao orçamento do TPI, diferentemente do Fundo, há quem considere a Unidade de Vítimas e Testemunhas a melhor opção para tratar dos interesses das vítimas quando elas se encontrarem em situações de emergência, devendo o Fundo agir em relação a essas vítimas apenas quando a Unidade tiver desempenhado o seu papel,⁴⁶⁷ para, dessa forma, evitar um conflito de competências que poderia ser prejudicial às próprias vítimas. Contudo, esse conflito é apenas aparente, pois diferentemente do Fundo, a Unidade de Vítimas e Testemunhas está encarregada de auxiliar *apenas as vítimas que comparecerem perante o Tribunal*, ou seja, apenas a vítima na sua dimensão processual,⁴⁶⁸ enquanto que o Fundo, em princípio, deve tratar de *todas as vítimas de crimes sob a jurisdição do Tribunal*, independentemente do seu caso ser levado ao TPI ou não.⁴⁶⁹ Logo, quando for o caso do Fundo prestar auxílio emergencial a vítimas, tal assistência pode e deve ser feita em

⁴⁶⁴ SHELTON, Dinah. “Reparations for Victims of International Crimes”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, pp. 139-143.

⁴⁶⁵ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 233-235.

⁴⁶⁶ Artigo 43(6), Estatuto de Roma.

⁴⁶⁷ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., pp. 131-132.

⁴⁶⁸ SAN JOSÉ, op. cit., pp. 133-134.

⁴⁶⁹ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 230-231.

coordenação com a Unidade de Vítimas e Testemunhas,⁴⁷⁰ pois as funções desempenhadas por esses dois órgãos são, na verdade, complementares, abarcando tanto as vítimas que participam do processo criminal quanto aquelas que não têm essa possibilidade.

Por fim, um outro obstáculo possível ao Fundo diz respeito, justamente, à possibilidade de prestar auxílio emergencial às vítimas, pois, como visto, a implementação de um projeto do Fundo segundo o Parágrafo 50 do Regulamento depende de uma decisão prévia do TPI autorizando o início dessa atividade. Ocorre que essa exigência de uma decisão prévia do TPI foi considerada um retrocesso na independência do Fundo. Durante a quarta sessão da Assembléia dos Estados-Parte, em 2005, houve uma discordância entre os Estados presentes sobre qual deveria ser o grau de independência do Fundo na prestação de auxílio emergencial.⁴⁷¹ De um lado, países como Bélgica, República Democrática do Congo, Chipre, França, Quênia, Serra Leoa, Tanzânia e Uganda achavam que o Fundo deveria ser o mais independente possível do Tribunal e deveria agir o quanto antes necessário para ajudar as vítimas em situações de emergência; de outro lado, países como a Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Noruega, Peru, Suécia e Reino Unido eram da opinião que o Fundo deveria ser controlado pelo Tribunal para não comprometer o processo criminal. A solução encontrada foi a que consta no Parágrafo 50 do Regulamento, condicionando a uma decisão prévia do TPI a ação do Fundo de providenciar reabilitação física ou psicológica ou auxílio material às vítimas, sendo que o prazo de 45 dias que a Câmara do TPI tem para se pronunciar sobre o projeto do Fundo pode ser estendido em até 30 dias.⁴⁷²

Dessa forma, vítimas em situações de emergência podem esperar mais de dois meses antes de receber alguma espécie de auxílio por parte do Fundo. Por exemplo, em um caso envolvendo vítimas de crimes sexuais, em que o acesso imediato à saúde é muitas vezes fundamental para evitar maiores danos às vítimas, o prejuízo causado por um tempo de espera prolongado pode ser irreversível.⁴⁷³ Nesse sentido, Simone Veil, Chefe do Conselho de Administração do Fundo, em um pronunciamento à Assembléia dos Estados-Parte, criticou essa solução encontrada, pois ela ainda limitaria o papel do Fundo, e segundo a resolução ICC ASP/3/Res.7, o Fundo deveria ser um órgão complementar ao e independente do Tribunal, o que estaria sendo contrariado pela solução encontrada para a aprovar o Regulamento do

⁴⁷⁰ DE BROUWER, op. cit., 233-234.

⁴⁷¹ BITTI & RIVAS, op. cit., pp. 318-319.

⁴⁷² DE BROUWER, op. cit., p. 232.

⁴⁷³ INGADOTTIR, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, op. cit., p. 131.

Fundo.⁴⁷⁴ Esse episódio evidencia a existência de uma tensão entre o Fundo e a Assembléia. O problema maior será se essa tensão se estender aos momentos em que o Fundo e o TPI deverão entrar em acordo sobre um eventual auxílio emergencial a vítimas e isso prejudicar a implementação de um projeto do Fundo.

4.3.2 – A implementação das reparações e o Fundo Fiduciário.

Conforme afirmado anteriormente, ainda não houve decisões do TPI em relação a reparações em favor das vítimas, principalmente em razão do fato de, até o presente momento, não haver decisões finais condenatórias de acusados, estando a maioria dos casos ainda na fase de investigação. Ademais, o TPI tem sob sua custódia apenas dois indivíduos acusados de crimes internacionais, o Sr. Thomas Lubanga⁴⁷⁵ e o Sr. Germain Katanga,⁴⁷⁶ ambos sendo acusados de diversos crimes cometidos no contexto da situação da República Democrática do Congo. Contudo, os princípios sobre reparações e as formas de implementação das mesmas devem ser considerados pelo Tribunal ainda que não tenha se deparado com requerimentos das vítimas, até mesmo porque o Fundo pode muito bem iniciar suas atividades uma vez que encontrar vítimas que estejam em situação emergencial e necessitando de ajuda.⁴⁷⁷

Nesse sentido, o TPI deve desenvolver seus princípios sobre reparação, não só quanto às modalidades possíveis a serem exigidas de um condenado por crimes internacionais, mas principalmente quanto ao seu alcance ser meramente individual ou coletivo. Do ponto de vista conceitual, reparações só podem ser determinadas por uma sentença de um tribunal condenando um réu a pagar determinado valor ou a cumprir certas obrigações de fazer, sendo que no direito internacional esse réu pode ser um Estado, como no caso da CIDH, ou pode ser um indivíduo, como no caso do TPI.⁴⁷⁸ Logo, quando o Fundo agisse em benefício das vítimas sem a condenação anterior de um indivíduo sob a jurisdição do TPI, sua ação não

⁴⁷⁴ Pronunciamento de Simone Veil à Quarta Sessão da Assembléia dos Estados-Parte, de 28 de novembro de 2005, disponível no seguinte endereço: http://www.icc-cpi.int/library/vtf/SpeechMme_Veil_2005_EN.pdf (Acesso em 16.11.07)

⁴⁷⁵ *Case of The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06. Em 9 de novembro de 2007, a Câmara de Questões Preliminares do TPI decidiu que o julgamento de Thomas Lubanga iniciaria em 31 de março de 2008, informação disponível em <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/301.html> (Acesso em 16.11.07).

⁴⁷⁶ *Case of The Prosecutor vs. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07.

⁴⁷⁷ DE GREIFF; WIERDA, op. cit., pp. 225-231.

⁴⁷⁸ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 225-229.

seria propriamente dita de reparação, mas, segundo alguns autores, uma forma de ajuda humanitária que, em princípio, busca muito mais auxiliar um grupo de pessoas do que cada vítima individualmente.⁴⁷⁹

Em contrapartida, quando uma Câmara do TPI for exigir de um indivíduo a implementação de reparações pelos crimes cometidos, é de se esperar que, quando não conseguir alegar indigência, o condenado tenha condições apenas de arcar com as reparações para as vítimas apenas na esfera individual. Portanto, casos de restituição de posse ou de propriedade de algum bem apreendido por ocasião de um crime internacional ou do pagamento de uma indenização específica para um indivíduo poderiam ser analisados pelo TPI e ter sua implementação exigida contra um condenado, o que não seria possível no caso de reparações coletivas, envolvendo, por exemplo, a criação de um posto médico para atender as vítimas de um crime ou a reabertura de uma escola fechada por ocasião de um ataque armado a um vilarejo. Para essas reparações de natureza coletiva seria recomendado que o Fundo agisse, pois, em princípio, terá condições materiais e institucionais mais adequadas para atender às necessidades de um número maior de vítimas.⁴⁸⁰

Esse entendimento também é compartilhado por membros do TPI e de ONGs, entre outros. Em um evento organizado pela REDRESS em março de 2007, voltado à discussão dos regimes de reparações para vítimas de crimes internacionais, especialmente o do TPI, a Juíza Elizabeth Odio-Benito tratou sobre a questão das reparações individuais e coletivas que podem ser determinadas pelo Tribunal, salientado que, quando se trata de reparações coletivas, o Fundo será um instrumento essencial para sua implementação, ponto também defendido por Fabrício Guariglia, da Promotoria do TPI, defendendo que o Fundo deveria ter mais atribuições na implementação de reparações às vítimas.⁴⁸¹ Sobre os pontos positivos da implementação de reparações coletivas, uma representante da REDRESS elogiou o programa de reparações coletivas, identificando na jurisprudência da CIDH diversas formas de reparações coletivas, incluindo aquela de caráter não-financeiro, o que é de extrema relevância uma vez que os recursos do Fundo Fiduciário serão limitados.⁴⁸² Logo, pelos diversos motivos expostos, talvez seja mais adequado deixar a implementação de reparações

⁴⁷⁹ DE GREIFF; WIERDA, op. cit., pp. 242-243.

⁴⁸⁰ DE BROUWER, op. cit., pp. 226-227 e 233-234.

⁴⁸¹ REDRESS. *Reparations for victims of genocide, crimes against humanity and war crimes: systems in place and systems in the making*. Londres: REDRESS, setembro de 2007, pp. 14-16.

⁴⁸² REDRESS, *Reparations for victims*, pp. 48-52.

coletivas a cargo do Fundo, pela possibilidade de alcançar um número maior de vítimas e por ser mais fácil o Fundo ter recursos de arcar com uma reparação coletiva em benefício de um vilarejo do que um indivíduo condenado pelo TPI.⁴⁸³

Um outro ponto interessante diz respeito à identificação e tratamento destinado às vítimas pelo Fundo Fiduciário. Uma das metas das reparações é procurar restaurar a dignidade das vítimas, reforçando, dessa forma, seu caráter de cidadãos que querem tentar contribuir para a sociedade, e não apenas pessoas que necessitam de ajuda e não procuram de alguma forma reconstruir suas próprias vidas e o mundo do qual fazem parte.⁴⁸⁴ Nesse sentido é muito pertinente uma declaração dada pelo Sr. André Laperrière, Diretor-Executivo do Fundo, durante uma visita a um campo de refugiados e deslocados internos em Uganda. Sobre a questão das vítimas, o Sr. Laperrière declarou o seguinte:

*Our first challenge is to change the perception of the Western World from seeing victims as hopeless dependents, into their true nature as fully fledged citizens wanting to contribute to their community and country. Victims are and deserve to be considered as partners, which deserve our respect and support. We also have an advocacy role to play with the victims themselves, for them to come out of the guilt and shame that has been imposed on them by evil perpetrators. We have to show them that they are not alone, and that they have nothing to be ashamed of; on the contrary, they have to be proud to have been able to manage despite the atrocities they had to face.*⁴⁸⁵

Logo, percebe-se que há um esforço de reintegração da vítima à sociedade e de reconhecimento da sua dignidade na declaração do Diretor-Executivo do Fundo, o que leva a crer, em princípio, que isso será refletido no tratamento dado às vítimas e na tentativa de reconstrução de suas vidas. Ainda na questão das vítimas e do Fundo, outro ponto interessante diz respeito ao reconhecimento de quem são as vítimas dos crimes internacionais. No âmbito do TPI, para que uma pessoa seja identificada como vítima e, portanto, possa participar das diversas etapas do processo de investigação e julgamento de um acusado e, mais importante ainda, possa apresentar um pedido individual de reparação por danos sofridos em virtude de um crime cometido pelo indivíduo acusado, a Câmara de Questões Preliminares do Tribunal deve reconhecer o status de vítima depois de a pessoa preencher um formulário disponível no próprio site do TPI e apresentar diversas informações e evidências que comprovem suas alegações, entendimento mantido pelo Tribunal em sua decisão sobre a participação de

⁴⁸³ HENZENLIN; HEISKANEN; METTRAUX, op. cit., pp. 335-338.

⁴⁸⁴ DE GREIFF; WIERDA, op. cit., pp. 233-236.

⁴⁸⁵ Entrevista concedida ao Victims' Rights Working Group Bulletin, edição 9, de julho de 2007, disponível em <http://www.vrwg.org/Publications/04/ENG09.pdf> (Acesso em 16.11.07).

vítimas durante a etapa de investigação do caso da República Democrática do Congo.⁴⁸⁶ Logo, do entendimento adotado pela Câmara de Questões Preliminares, pressupõe-se que as vítimas que forem reconhecidas como tal terão o direito a requerer reparações, havendo, contudo, um silêncio em relação àquelas vítimas que porventura não tenham acesso à estrutura do Tribunal.⁴⁸⁷

Por outro lado, em uma outra entrevista concedida pelo Sr. Laperrière durante uma missão de divulgação do trabalho do Fundo, dessa vez na República Democrática do Congo, o Diretor-Executivo procurou descrever um processo de identificação das vítimas diferente e independente do utilizado pelo TPI:

*Pour parvenir à identifier les victimes directes ou indirectes, nous recourons généralement au canaux ci-après: les organisations charitables, les réseaux locaux du Fonds au profits de vicitmes, les organisations internationales telles que la Mission de Nations Unies au Congo (MONUC), aux autorités locales, aux chef coutoumiers, aux responsables des confesions religieuses (...).*⁴⁸⁸

Utilizando um processo mais informal e de contato direto com as vítimas, fazendo com que o Fundo se desloque ao local em que elas se encontram e não o contrário, o Diretor-Executivo mais uma vez demonstra a preocupação com as vítimas *segundo a perspectiva das mesmas*, havendo uma determinação de quem são as vítimas com base na realidade e características locais.⁴⁸⁹ Logo, adotando essa forma de identificação das vítimas pode aumentar ainda mais o número dos beneficiários de seus projetos e atividades, alcançando, dessa forma, as vítimas que porventura não tenham sua condição reconhecida pelo Tribunal.

Um outro ponto importante relativo à implementação de reparações diz respeito às dificuldades de captação de recursos por parte do Fundo. Como referido anteriormente, o Fundo dependerá em grande medida de doações voluntárias, uma vez que os recursos advindos de apreensões e multas efetuadas pelo TPI serão de difícil obtenção. Contudo, mesmo os recursos advindos de doações voluntários tendem a ser escassos, sendo que um exemplo disso é uma campanha criada nos Estados Unidos em 2003 de apoio ao Fundo, contando com a participação de artistas de Hollywood conhecidos por seu engajamento social,

⁴⁸⁶ Câmara de Questões Preliminares I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo: Public Redaction Version, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, ICC-01/04, de 17 de janeiro de 2006, parágrafos 63 e 72.

⁴⁸⁷ DE BROUWER, op. cit., pp. 218-224.

⁴⁸⁸ Entrevista concedida ao jornal *Le Potentiel*, edição 4046, 12 de junho de 2007, disponível em http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=47243 (Acesso em 16.11.07).

⁴⁸⁹ BOTTIGLIERO, op. cit., pp. 230-233.

como Susan Sarandon e Martin Sheen, sobreviventes do Holocausto e membros de ONGs como a REDRESS.⁴⁹⁰ Ainda que esse esforço tenha sido louvável, não houve contribuições muito substanciais por parte da população norte-americana e a campanha foi interrompida em 2003. Sobre a eventual escassez de recursos, o Sr. Laperrière manifestou um certo otimismo, apresentando um plano de rendimento dos recursos do Fundo.⁴⁹¹

Our two main objectives are respectively to double the 2.6 million € currently available in the Trust Fund revolving fund to 5 million €, and to keep on replenishing this fund to the value of a total of 50 million € over the next three years. We believe that this is the amount that is needed to take care of the most immediate needs of the victims in the Congo and Uganda during this period, amounts that should allow for giving back a normal life to thousands of victims in these two countries. With these funds we do not intend to rebuild cities or give individual monetary awards. We intend to pursue our strategy of providing the initial inputs to the communities, restarting the heartbeat that will allow them to rebuild, find peace, reconciliation, hope and dignity with and within themselves. To reach these funding objectives we will of course intensify our contacts with Member States but also include greater efforts with Foundations, private sector and individual donors.

Ainda que não desenvolva muito detalhadamente os passos da estratégia proposta, o Diretor-Executivo do Fundo demonstra estar a par dos problemas e necessidades da instituição na satisfação das necessidades das vítimas. Esses são, portanto, alguns dos desafios mais relevantes à implementação de reparações por parte do TPI e do Fundo. Para uma melhor forma de superá-los, é necessário recorrer à experiência de outros órgãos e instituições voltados à reparação para vítimas de crimes internacionais ou graves violações de direitos humanos.

4.3.3 – Modelos e subsídios para o regime de reparações e para as iniciativas em benefício de vítimas.

Conforme mencionado anteriormente, não há precedentes de um regime de reparações na justiça penal internacional, muito menos de um órgão especificamente criado em benefício das vítimas de crimes internacionais sob a jurisdição de um tribunal penal internacional.

⁴⁹⁰ “Victims’ Trust Fund Campaign: Over 60 Celebrities Sign On to the Victims Trust Fund Campaign”, de 24 de abril de 2003, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/04.24.03-VTF-Celebrities.pdf> (Acesso em 16.11.07).

⁴⁹¹ Entrevista concedida ao Victims’ Rights Working Group Bulletin, edição 9, de julho de 2007, disponível em <http://www.vrwg.org/Publications/04/ENG09.pdf> (Acesso em 16.11.07).

Logo, tanto quanto o Fundo devem buscar subsídios em outras áreas para desenvolver e aplicar os princípios relativos a reparações e demais projetos e iniciativas em benefício das vítimas. Tendo isso em mente, a REDRESS elaborou uma lista de fundos fiduciários existentes, especialmente no âmbito do sistema da ONU, contendo diversas características das instituições como as fontes dos recursos, a organização estrutural, o desenvolvimento de critérios e, muito importante, os procedimentos de tomada de decisão e as formas de distribuição dos recursos do fundo em questão.⁴⁹²

De todas os órgãos e instituições descritos pelo documento da REDRESS, o que talvez mais possa servir de exemplo para o Fundo Fiduciário é o Fundo Voluntário em Benefício das Vítimas de Tortura, por diversos motivos. Segundo estimativa da própria ONU, cerca de 60.000 vítimas de tortura e seus familiares foram beneficiados por ações do Fundo Voluntário somente no ano de 1997, em que mais de US\$ 5.000.000 foram investidos em diversos programas de auxílio às vítimas,⁴⁹³ como auxílio médico e psicológico, implementado por meio de ONGs locais ou internacionais. Nesse sentido, a estrutura do Fundo Voluntário difere da do Fundo Fiduciário, pois os projetos e pedidos são apresentados pelas ONGs e os recursos do Fundo são requisitados para a implementação desses projetos, não havendo uma ação de implementação por parte do próprio Fundo, diferentemente do Fundo Fiduciário.⁴⁹⁴ Contudo, quanto à captação de recursos e possíveis fontes de contribuição, o Fundo Voluntário em Benefício das Vítimas de Tortura pode ser um bom modelo para o Fundo Fiduciário.

No caso do regime de reparações propriamente dito, uma vez que não existe uma jurisprudência sobre a matéria desenvolvida pelos tribunais penais internacionais que antecederam a criação do TPI, é necessário que sejam buscados critérios e princípios na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, notadamente da CIDH, conforme já argumento no corpo do presente trabalho. Nesse sentido, já em suas primeiras decisões, a Câmara de Questões Preliminares do TPI manifestou-se sobre o regime de reparações previsto no Estatuto de Roma:

In the Chamber's view, the reparation scheme provided for in the Statute is not only one of the Statute's unique features. It is also a key feature. In the Chamber's

⁴⁹² REDRESS. *The ICC Trust Fund for Victims: Resource Materials On Other Trust Funds and Compensation Mechanisms*. Londres: REDRESS, julho de 2002, pp. 13-40.

⁴⁹³ INGADOTTIR, "The Trust Fund of the ICC", pp. 156-159.

⁴⁹⁴ Em 2005, diversas ONGs apresentaram projetos em benefício de vítimas de tortura, incluindo auxílio médico, psicológico, social e legal, tendo os pedidos totalizado mais de US\$ 8.000.000, segundo informações disponíveis em <http://www.ohchr.org/english/about/funds/torture/docs/listofprojects2005.doc> (Acesso em 16.11.07).

*opinion, the success of the Court is, to some extent, linked to the success of its reparation regime.*⁴⁹⁵

Para chegar a tal a conclusão, a Câmara faz referência expressa à interpretação dada pela CIDH ao artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao subseqüente desenvolvimento da sua jurisprudência em matérias de reparações às vítimas de violações de direitos humanos. Um dos casos citados pela Câmara é o caso Cantoral-Benavides, referido anteriormente no texto e que trata da questão do dano ao projeto de vida, referido pela juíza Odio-Benito como um conceito crucial desenvolvido pela jurisprudência da CIDH e que certamente irá ajudar o TPI nas decisões sobre reparações.⁴⁹⁶

Referência expressa à jurisprudência da CIDH também existe na já referida decisão da Câmara de Questões Preliminares quanto à possibilidade de participação de vítimas das diversas etapas de investigação e julgamento dos acusados de crimes na situação da República Democrática do Congo. Nessa mesma decisão, também há menção expressa dos Princípios Básicos de 2005 sobre reparações às vítimas de violações de direitos humanos, quando a Câmara reconhecer a possibilidade do sofrimento emocional e da perda econômicos como danos passíveis de reparação por tribunais internacionais de direitos humanos. Segundo a Câmara:

For the purpose of assessing the harm suffered, the Chamber notes that the “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”, adopted in 1985 by the United Nations General Assembly (the “1985 Declaration”), and the “Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law”, adopted by the Commission on Human Rights (the “2005 Principles”), recognise “emotional suffering” and “economic loss” as forms of harm.

(...)

*The Chamber also notes that the Inter-American Court and the European Court have awarded reparations for harm due to emotional suffering or physical suffering. The Chamber further notes that in its Velásquez Rodríguez v. Honduras of 29 July 1988, the Inter-American Court held that prolonged detention in specific circumstances was detrimental to physical and moral integrity, and hence a form of harm.*⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Câmara de Questões Preliminares I, *Case of The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest according to Article 58*, ICC-01/04-01/06, de 24 de fevereiro de 2006, parágrafo 136.

⁴⁹⁶ REDRESS, *Reparations for victims*, p. 14.

⁴⁹⁷ Câmara de Questões Preliminares I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo: Public Redaction Version, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, ICC-01/04, de 17 de janeiro de 2006, parágrafos 115 e 146.

Esses trechos da decisão da Câmara de Questões Preliminares demonstram que o TPI está a par da jurisprudência da CIDH em matéria de reparações e da importância dos Princípios Básicos de 2005 na consagração do direito das vítimas obterem reparações por graves violações de direitos humanos, o que leva a crer que o TPI está no caminho certo de construção do seu regime de reparações.⁴⁹⁸ Contudo, uma vez que ainda não há como o TPI ordenar que os acusados sob sua custódia implementem reparações em benefício das vítimas de seus crimes, havendo apenas a possibilidade do Fundo Fiduciário implementar projetos de ajuda emergencial às vítimas antes de uma sentença condenatória do Tribunal, é necessário esperar para averiguar se o regime de reparações do TPI será de fato o ponto alto no processo de humanização da justiça penal internacional.

5 – CONCLUSÃO.

Ao longo do presente trabalho, foi argumentado que a evolução da justiça penal internacional é fortemente marcada por um processo de humanização, que tem como sua manifestação mais clara na prática a preocupação com os direitos e interesses da vítima, outrora descartados e negligenciados por tribunais penais internacionais como o de Nuremberg. O ponto de mudança nessa prática dos tribunais penais internacionais parece ter

⁴⁹⁸ DE BROUWER, op. cit., pp. 234-237.

sido no final da década de 1980 e no início da década 1990 por, pelo menos, três motivos. Em primeiro lugar, os dois tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança da ONU para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda previam uma participação maior para as vítimas dos crimes, inclusive com a possibilidade, ainda que reduzida, das mesmas obterem alguma forma de compensação pelos danos sofridos. Em segundo lugar, paralelamente à criação desses dois tribunais e ao desenvolvimento de seus trabalhos, no âmbito da CDI foram retomadas as discussões sobre a criação de um tribunal penal internacional permanente e independente, que, já em 1994, levou à adoção de projeto que também previa a criação de um fundo fiduciário das Nações Unidas em benefício das vítimas dos crimes a serem investigados pelo tribunal. Por fim, foi durante esse mesmo período de tempo que o direito à reparação para as vítimas de violações dos direitos humanos começou a ser intensamente desenvolvido, tanto no âmbito das Nações Unidas, com o projeto inicial de Theo Van Boven sobre princípios básicos em matéria de reparações, quanto no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, graças às primeiras decisões da CIDH em matéria de reparações, como os casos Velásquez Rodríguez e Aloeboetoe.

Ante esses fatos, o processo de humanização da justiça penal internacional foi impulsionado durante as negociações para a criação de um tribunal penal internacional permanente, especialmente durante a Conferência de Roma de 1998, em que o resultado final foi a adoção de um Estatuto prevendo um regime próprio e revolucionário em matéria de reparações, bem como a criação de um Fundo Fiduciário. Logo, o referido processo de humanização não foi apenas *jurídico*, principalmente com base na evolução do direito internacional dos direitos humanos, mas também foi extremamente *político*, tendo em vista o intenso e árduo processo de negociação necessário para a adoção de medidas efetivas em benefício das vítimas de crimes internacionais.⁴⁹⁹ Por tais motivos se argumentou que o regime de reparações do TPI e o Fundo Fiduciário são exemplos paradigmáticos da humanização da justiça penal internacional, e até o presente momento os pontos mais altos no seu processo de evolução. Contudo, em momento algum foi afirmado que as reparações do TPI e os projetos do Fundo irão reparar integralmente todos os danos sofridos pelas vítimas de crimes sob a jurisdição do Tribunal, especialmente quando eles envolvem condutas bárbaras como o genocídio, a utilização de crianças-soldado e o estupro em massa de vítimas do sexo feminino. Pelo contrário, pois, como afirmou o Arcebispo Desmond Tutu, membro do Conselho de Administração do Fundo:

⁴⁹⁹ CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, v. II, pp. 262-263.

*What compensation could you ever give that would be adequate for the loss of a loved one? You couldn't possibly ever replace the one who is no longer there. But frequently, simple can be powerful. We hope that this thing we do for you will somehow pour balm on your wounds and help those wounds to heal.*⁵⁰⁰

As reparações às vítimas não são, portanto, curas para todos os males causados ou fórmulas infalíveis para fazer com que a vida de um indivíduo volte para a mesma situação anterior ao crime cometido e ao dano conseqüentemente causado. Elas devem ser interpretadas como uma das diversas formas de tentar devolver ao ser humano vitimado por crimes bárbaros o mínimo de esperança e dignidade possíveis para que ele tente continuar conduzindo a sua vida. Nesse sentido, deve-se fazer uma breve menção ao *Caso Bulacio*, da CIDH, em que a Argentina assumiu sua responsabilidade internacional por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos no caso de um jovem de 17 anos de idade, Walter David Bulacio, que, após ser preso de forma ilegal juntamente com outros jovens pela Polícia Federal da Argentina, foi severamente agredido por policiais militares, agressão que lhe causou sério traumatismo craniano e que, uma semana depois, levou-o à morte. Os danos causados à família da vítima foram gravíssimos, pois o pai abandonou o lar, deixando a mãe e a irmã da vítima, que, por sua vez, sofreram de depressão profunda ante a perda irreparável de um ente querido por ocasião de um caso de violência policial. Nesse caso específico, trata-se de um dano irreparável, não havendo possibilidade aplicação da *restitutio in integrum*. No entanto, ante a impossibilidade de reparar integralmente o dano, não se deve desistir de proporcionar alguma forma de paz ou de amparo às vítimas, permanecendo indiferente à injustiça e à violência, pois a indiferença e o esquecimento são os sinais da morte da indignação, uma característica básica do espírito humano.

A reparação às vítimas de crimes internacionais é, portanto, um passo fundamental na longa caminhada de humanização da justiça penal internacional, sem o qual o destino almejado, o respeito à dignidade da pessoa humana, jamais será alcançado. Nesse sentido, encerra-se o presente trabalho com os seguintes trechos do voto separado do Juiz Cançado Trindade no caso Bulacio:

Este vacío semántico se debe a la intensidad del dolor, que hace con que los idiomas eviten nominarlo; hay situaciones de tan intenso e insoportable dolor que simplemente "no tienen nominación". Es como si nadie se atreviera a caracterizar la condición de la persona que las padezca. En el marco conceptual de lo que se llama - quizás inadecuadamente - "reparaciones", estamos ante un daño

⁵⁰⁰ Pronunciamento do Arcebisbo Desmond Tutu na inauguração do Fundo Fiduciário, em 22 de abril de 2004, na Haia, disponível em http://www.iol.co.za/index.php?click_id=24&art_id=qw1082732763194B262&set_id=1 (Acesso em 16.11.07).

verdaderamente irreparable. La restitutio in integrum es una imposibilidad en relación con la violación no sólo del derecho fundamental a la vida, sino, a mi juicio, también de otros derechos humanos, como, v.g., el derecho a la integridad personal. En circunstancias como las aquí consideradas, - entre otras tantas, - las reparaciones por violaciones de los derechos humanos proporcionan a los victimados tan sólo los medios para atenuar su sufrimiento, tornándolo menos insoportable, quizás soportable.

(...)

La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, - tal como es sostenida por la Corte Interamericana en la presente Sentencia en el caso Bulacio versus Argentina, - se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. Es, en última instancia, una expresión elocuente de los lazos de solidaridad que unen los vivos a sus muertos. O, más precisamente, de los lazos de solidaridad que unen los muertos a sus sobrevivientes, como se estuvieron aquéllos diciendo a éstos: no hagan con otros lo que hicieron con nosotros y con nuestros padres sobrevivientes, para que puedan ellos y sus hijos seguir teniendo una vida sencilla y feliz, quizás sin saberlo.⁵⁰¹

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMNESTY INTERNATIONAL, *International Criminal Court: Comments and recommendations following the fourth session of the Assembly of States Parties*. Londres: Amnesty International, 2006.

BASSIOUNI, M. Cherif, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review*, n. 6, 2006, pp. 203-279.

BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, in *Harvard Human Rights Journal*, v. 10, 1997, pp. 11-62.

⁵⁰¹ CIDH, *Caso Bulacio* – Mérito e Reparações, sentença de 18 de setembro de 2003, Série C, n. 100, Voto Separado do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 25 e 40.

BITTI, Gilbert; RIVAS, Gabriela González, “The Reparations Provisions for Victims Under the Roma Statute of the International Criminal Court”, *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press, 2006, pp. 299-322.

BLEWITT, Graham, “International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 145-160.

BOTTIGLIERO, Ilaria. *Redress for Victims of Crime Under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 6^a ed., 2003.

BUXBAUM, Richard M., “A Legal History of International Reparations”, *Berkeley Journal of International Law*, v. 23, 2005, pp. 314-346.

BYERS, Michael. *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 7-41.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “The Operation of the Inter-American Court of Human Rights”. HARRIS, David J. e LIVINGSTONE, Stephen (eds.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, pp. 131-149.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3^a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *General Course on Public International Law – International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, v. I e II.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios de Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: UnB, 1981.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. I.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v. II.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. III

CARR, Edward H. *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 2001.

CASSEL, Douglas. “The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights”. DE FEYTER, K., PERMENTIER, S., BOSSUYT, M. e LEMMENS, P. (eds.) *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 191-223.

CASSESE, Antonio, “A influência da CEDH sobre as atividades dos tribunais penais internacionais”, CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004, pp. 171-223.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford University Press, 2005.

CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1987.

CHOMSKY, Noam. *Uma nova geração define o limite: os verdadeiros critérios das potências ocidentais para suas intervenções militares*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CRAWFORD, James. “The ILC’s draft statute for an international criminal tribunal”, *American Journal of International Law*, v. 88, 1994, pp.140-152.

CRAWFORD, James. *The ILC’s Articles on States Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge University Press, 2002.

DAVID, Eric, “The Contribution of International Tribunals for the Development of International Criminal Law”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 354-365.

DE BROUWER, Anne-Marie. “Reparation for Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families”, *Leiden Journal of International Law*, n. 20, 2007, pp. 207-237.

DE GREIFF, Pablo e WIERDA, Marieke, “The Trust Fund For Victims of the International Criminal Court: Between Possibilities and Constraints”. DE FEYTER, K.; PERMENTIER, S.; BOSSUYT, M.; LEMMENS, P. (eds.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 225-243.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. São Paulo: Manole, 2004.

DRUMBL, Mark A. *Atrocity, Punishment, and International Law*. Cambridge University Press, 2007.

ECHEVERRÍA, Gabriela. “Codifying the Rights of Victims in International Law: Remedies and Reparation”. *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*. Oxford University Press, 2006, pp. 279-297.

FERENCZ, Benjamin, “From Nuremberg to Rome: A Personal Account”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

FERSTMAN, Carla, “The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations”, in *Leiden Journal of International Law*, n. 15, 2002, pp. 667-686.

FERSTMAN, Carla. “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims: Challenges and Opportunities”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 6, 2003, pp. 424-434.

FISCHER, Peter G. “The Victims’ Trust Fund of the International Criminal Court – Formation of a Functional Reparations Scheme”, *Emory Journal of International Law*, v. 17, 2003, pp. 236-260.

HALL, Christopher K., “The First Proposal for a Permanent International Criminal Court”, *International Review of the Red Cross*, n. 322, 1998, pp. 57-74.

HENZELIN, Marc; HEISKANEN, Veijo; METTRAUX, Guénaël, “Reparations to Victims Before The International Criminal Court: Lessons From International Mass Claims Processes”, *Criminal Law Forum*, n. 17, 2006, pp. 317-344.

INGADOTTIR, Thordis, “The Trust Fund For Victims (Article 79 of the Rome Statute)”, in INGADOTTIR, Thordis (ed.), *The International Criminal Court: Recommendations on Policy and Practice*, Brill Academic Publishers, 2003, pp. 111-144.

INGADOTTIR, Thordis. “The Trust Fund of the ICC”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, pp. 149-161.

JACOBS, Francis G. e WHITE, Robin C. A. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Boston: Harvard University Press, 1949.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2002.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LATTIMER, Mark. “Enforcing Human Rights Through International Criminal Law”, LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 387-415.

LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe, “Introduction”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (ed.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing: Oxford, 2006, pp. 1-27.

LE POTENTIEL. Entrevista de André Laperrière, edição 4046, 12 de junho de 2007. Disponível em http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=47243. Acesso em: 16.11.07.

LEWIS Peter & FRIMAN, Hakan. “Reparations to Victims”, in LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court: elements of crime and rules of procedure and evidence*. New York: Transnational Publishers, 2001, pp. 474-491.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANI, Rama, “Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing ‘Reparative Justice’ in the Aftermath of Violent Conflict”, DE FEYTER, K.; PERMENTIER, S.; BOSSUYT, M.; LEMMENS, P. (eds.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 53-82.

MARKOVIC, Milan. “In the interests of justice? A critique of the ICTY Trial Court’s decision to assign counsel to Slobodan Milosevic”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 18, 2005, pp. 947-959.

MCKAY, Fiona, “Civil Reparations in National Courts for Victims of Human Rights Abuse”, in *Justice of Crimes Against Humanity*, LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.), Hart: Oxford, 2006, pp. 283-302.

MCKAY, Fiona. “Are Reparations Appropriately Addressed in the ICC Statute?”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, pp. 163-174.

MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

MORGENTHAU, Hans J. *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*. 3ª ed, Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1966.

NASSAR GUIER, Edgar. “El Fundamento Jurídico y la Competência del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 73-96.

PINTO, Mónica. *L'Amérique latine et le traitement des violations massives de droits de l'Homme – Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Cours e Travaux n° 7*. Paris: A. Pedone, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAIZMAN, Daniel Andrés, “O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva”, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 35-53.

RAMÍREZ, Sergio García. “La Jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Reparaciones”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Um Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 1-85.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RATNER, Steven e ABRAMS, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford University Press, 2001.

REDRESS. *Implementing Victims Rights: A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation*. Londres: REDRESS, março de 2006.

REDRESS. *Reparations for victims of genocide, crimes against humanity and war crimes: systems in place and systems in the making*. Londres: REDRESS, setembro de 2007.

REDRESS. *The ICC Trust Fund for Victims: Resource Materials On Other Trust Funds and Compensation Mechanisms*. Londres: REDRESS, julho de 2002.

REISMAN, William M. e ARSANJANI, Mahnoush H. “The Law-in-Action of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, n. 99, 2005, pp. 385-403.

ROMBOUTS, Heidy; VANDEGINSTE, Stef. “Reparation for victims of gross and systematic human rights violations: the notion of victim”. *Third World Legal Studies 2000-2003*. Filadélfia: Temple University, 2004, pp. 89-114.

RUDOLPH, Christopher. “Constructing and Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, in *International Organization*, v. 55, n. 3, verão/2001, pp. 655-691.

SALVIOLI, Fabián Omar. “Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. III, São José da Costa Rica: IIDH, 1995, pp. 145-164.

SAN JOSÉ, Daniel Garcia, “El Derecho a La Justicia de Las Víctimas de Los Crímenes Más Graves de Transcendência Para La Comunidad Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n. I, v. LVIII, 2006, pp. 119-145.

SANDS, Philippe. *Lawless World. The Making and Breaking of Global Rules*. Londres: Penguin Books, 2006.

SCHABAS, William A. “International law, politics, diplomacy, and the abolition of the death penalty”, *William and Mary Bill of Rights Journal*, v. 13, 2004, pp. 417-444.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2004.

SCHABBAS, William, “35: Penalties”, in CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds), *The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002, pp. 1497-1534.

SCHINDLER, Dietrich e TOMAN, Jiří. *Droit des Conflits Armés*. Genebra: Comité International de La Croix-Rouge, 1996.

SEPINWALL, Amy J., “Responsibility for Historical Injustices: Reconceiving the Case for Reparations”, *Journal of Law and Politics*, v. 22, 2006, pp. 183-229.

SHELTON, Dinah. “Reparations for Victims of International Crimes”, in SHELTON, Dinah (ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*. New York: Transnational Publishers Inc., 2000, pp. 137-147.

SHELTON, Dinah. “Reparations in the Inter-American System”. HARRIS, David J. e LIVINGSTONE, Stephen (eds.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, pp. 151-172.

SHELTON, Dinah. “The UN Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”. DE FEYTER, K., PERMENTIER, S., BOSSUYT, M. e LEMMENS, P. (eds.) *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 11-33.

SHELTON, Dinah. “Victim Reparations in international criminal law”. KOUFA, Kalliopi (ed.). *The New International Criminal Law: 2001 International Law Session*. Atenas: Sakkoulas, 2001, pp. 361-466.

SUNGA, Lyal S., “A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal”, CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (eds.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 191-219.

TOMUSCHAT, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 10, 2002, pp. 157-184.

TOMUSCHAT, Christian. “Reparation in Favor of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law”. KOHEN, Marcelo G. *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*. Leiden: Nijhoff, 2007, pp. 569-590.

TORPEY, John, “Victims and Citizens: The Discourse of Reparation(s) at the Dawn of the New Millenium”. DE FEYTER, K.; PERMENTIER, S.; BOSSUYT, M.; LEMMENS, P. (eds.). *Out of The Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antuérpia: Intersentia, 2005, pp. 35-50.

VAN BOVEN, Theo. “Rendering Justice to Victims: A Case for Reparations”. GENUGTEN, W., BALLIN, E., DE JONGE, E., KOOJIMANS, P. *Realism and Moralism in International*

Relations: Essays in Honor of Frans A. M. Alting von Gessau. Haia: Kluwer, 1999, pp. 197-211.

VICTIMS' RIGHTS WORKING GROUP BULLETIN, Entrevista de André Laperrière, edição 9, julho de 2007. Disponível em <<http://www.vrwg.org/Publications/04/ENG09.pdf>>. Acesso em: 16.11.07.