

Boston College Law School

## Digital Commons @ Boston College Law School

---

Boston College Law School Faculty Papers

---

6-3-2021

### What are Transitions for? Atrocity, International Criminal Justice, and the Political

Paulo Barrozo

*Boston College*, paulo.barrozo@bc.edu

Follow this and additional works at: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/lspf>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), [Criminal Law Commons](#), [Human Rights Law Commons](#), [Law and Society Commons](#), and the [Military, War, and Peace Commons](#)

---

#### Recommended Citation

Paulo Barrozo. "What are Transitions for? Atrocity, International Criminal Justice, and the Political." *Journal of Teleological Science* 1, no.2 (2021): 62-100.

This Article is brought to you for free and open access by Digital Commons @ Boston College Law School. It has been accepted for inclusion in Boston College Law School Faculty Papers by an authorized administrator of Digital Commons @ Boston College Law School. For more information, please contact [nick.szydowski@bc.edu](mailto:nick.szydowski@bc.edu).

# PARA QUE SERVEM AS TRANSIÇÕES? ATROCIDADE, JUSTIÇA CRIMINAL INTERNACIONAL E A ESFERA POLÍTICA

## WHAT ARE TRANSITIONS FOR? ATROCITY, INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, AND THE POLITICAL\*

Paulo Barrozo\*\*

Boston College Law School, EUA

[paulo.barrozo@bc.edu](mailto:paulo.barrozo@bc.edu)

Resumo: A justiça transicional é o complexo de práticas e processos supostamente destinados a ajudar as sociedades a passar da atrocidade para um futuro melhor, pós-atrocidade. Há quem a defina de forma mais sutil como a transição de um regime político para o próximo. As práticas e processos de justiça transitória abraçaram, em diferentes graus, a *forma* da lei. O direito neste contexto tem sido tanto generativo quanto gerado em foros de reforma constitucional, de exigir e receber contas dos perpetradores de atrocidades, de dar às vítimas a oportunidade de nomear e recontar suas tragédias pessoais e receber reparação, de punição retributiva, consequencialista e simbólica, de estabelecimento de um registro verdadeiro do passado e de (re)conciliação.

Palavras-chave: Justiça Transicional. Justiça Criminal. Atrocidade. Esfera Política. O Político

Abstract: Transitional justice is the complex set of practices and processes that is supposed to help societies transition from atrocity into a post-atrocity, better future.<sup>1</sup> It has also been more thinly defined as a transition from one political regime to the next. Transitional justice practices and processes have embraced, in different degrees, the form of law. Law in this context has been both generative and generated in fora: for constitutional reform;<sup>4</sup> for demanding and receiving accounts from perpetrators of atrocities; for giving victims an opportunity to name and recount their personal tragedies and receive reparation; for retributive, consequentialist, and symbolic punishment; for the establishment of a truthful record of the past; and for (re)conciliation.

---

\* [N.T. JTS] O presente artigo é uma tradução autorizada da primeira publicação do artigo original, a saber: BARROZO, Paulo. What are transitions for? Atrocity, international criminal justice, and the political. *What are Transitions For? Atrocity, International Criminal Justice, and the Political*, 3 *Quinnipiac L. Rev.* 32 (2014) Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2542621](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2542621) As citações ao longo do artigo foram traduzidas pela JTS, mas as referências constam aqui no mesmo formato e estilo do original.

\*\* Paulo Barrozo é Professor Associado na Boston College Law School. O autor é grato à Boston College Law School Fund por apoiar este trabalho e aos organizadores do Quinnipiac Law Review Symposium on Dialogues of Transitional Justice pelo convite para apresentá-lo.

Keywords: Deontology. Transitional justice. Criminal justice. Atrocity. Policy.

## I. O PROBLEMA

A justiça transicional é o complexo de práticas e processos supostamente destinados a ajudar as sociedades a passar de um período de atrocidades para um futuro melhor, pós-atrocidade<sup>1</sup>. Há quem a defina de forma mais superficial como a transição de um regime político para o próximo<sup>2</sup>. As práticas e processos de justiça transitória abraçaram, em diferentes graus, a *forma da lei*<sup>3</sup>. O direito neste contexto tem sido tanto generativo quanto gerado em foros de reforma constitucional<sup>4</sup>; por exigir e receber contas dos perpetradores de atrocidades; por dar às vítimas a oportunidade de nomear e recontar suas tragédias pessoais e receber reparação; por dar punição retributiva, consequencialista e simbólica; por estabelecer um registro verdadeiro do passado; e pela (re)conciliação<sup>5</sup>.

Tudo isso seria uma ordem superior para qualquer mecanismo de justiça nos melhores contextos sociais possíveis. Em sociedades prestes a emergir ou apenas emergindo da atrocidade - com o impacto habitual das atrocidades na cultura, política, tecido social, economia e sistema jurídico - o uso da justiça como mecanismo de transição pareceria uma proposta quase

---

<sup>1</sup> Cf. What Is Transitional Justice? *Int'l Center For Transitional Justice*, <http://ictj.org/about/transitional-justice> (última visita em maio 20, 2014).

<sup>2</sup> Análises fundacionais e esclarecedoras da lei nas transições políticas incluem Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends* (Westport, CO: Greenwood, 1980) e Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (New York: Oxford University Press, 2000). Outros exemplos clássicos são John Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) e Guillermo O'Donnell e Philippe C. Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule: tentative conclusions about uncertain democracies* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986). Uma pesquisa recente que adota a definição de O'Donnell e Schmitter de "transição" como "intervalo" entre regimes políticos, é encontrada em Kathryn Stoner e Michel McFaul (eds.), *Transitions to Democracy: A Comparative Perspective* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2013). Para análises úteis das transições legais em geral, ver Austin Sarat (ed.), *Transitions: Legal Change, Legal Meanings* (Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2012). Sobre a natureza da atrocidade, ver Seção III infra e, entre outros, Claudia Card, *The Atrocity Paradigm: A Theory of Evil* (Nova Iorque: Oxford University Press, 2002).

<sup>3</sup> Cf. Austin Sarat, *Introduction to Transitions: Legal Change, Legal Meanings*, nota acima 2, at 1, 1-16.

<sup>4</sup> Cf. David Gray, *Transitional Disclosures: What Transitional Justice Reveals About "Law"* in *Transitions: legal change, legal meanings*, nota 2 acima, em 147, 174-77.

<sup>5</sup> Cf. Christopher K. Lamont, *Dealing with the Past to Repair the Present: Why Transitional Justice Matters in Asia*, *Asia Peacebuilding Initiatives* (Jan. 16, 2014), <http://peacebuilding.asia/dealing-with-the-past-to-repair-the-present-why-transitional-justicematters-in-asia/>. Cf também a nota 2 acima e o texto que a acompanha.

impossível<sup>6</sup>. Por mais difícil que seja, as sociedades têm usado mecanismos de justiça de transição ao longo da história registrada, desde a Grécia antiga<sup>7</sup> até a França<sup>8</sup> e os Estados Unidos<sup>9</sup> dos séculos XVIII e XIX, passando pela Espanha<sup>10</sup>, Alemanha<sup>11</sup>, Argentina<sup>12</sup>, Bósnia<sup>13</sup>, Ruanda<sup>14</sup> e África do Sul<sup>15</sup> do século XX, para mencionar apenas alguns. E tem funcionado, às vezes<sup>16</sup>, e pode ser aperfeiçoado para funcionar melhor no futuro. A julgar por seu resultado imediato em termos de paz, dissuasão e um senso de (re)conciliação, o sucesso das experiências de justiça transitória varia significativamente<sup>17</sup>. Contra intuitivamente, uma métrica mais ideológica - a do Estado de direito liberal e da política democrática - tende a encontrar uma maior taxa de sucesso na justiça transicional<sup>18</sup>. A razão para isto é suficientemente clara. A dissuasão, a paz e a (re)conciliação no longo prazo precisam mais do que o liberalismo<sup>19</sup> diet de previsibilidade jurídica e eleições. Não é que as prescrições do liberalismo diet não sejam importantes ou insinceros - "...toda a poesia ruim emerge de sentimentos sinceros", como Oscar Wilde nos lembrou uma vez<sup>20</sup>. No entanto, no final das contas - e desde que se trate de

<sup>6</sup> Cf. Clara Sandoval Villalba, *Transitional Justice: Key Concepts, Processes And Challenges* 6 (2011). Disponível em: [http://www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/07\\_11.pdf](http://www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/07_11.pdf)

<sup>7</sup> Adriaan Lanni, *Transitional Justice in Ancient Athens: A Case Study*, 32 *U. PA. J. INT'L L.* 551, 551-52 (2011).

<sup>8</sup> Cf. Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Transitional Justice as Ordinary Justice* 10 (Univ. of Chi., Pub. Law & Legal Theory Working Paper No. 40, 2003).

<sup>9</sup> Cf. id.

<sup>10</sup> Cf. id.

<sup>11</sup> Cf. id.

<sup>12</sup> Cf. Posner & Vermeule, nota acima 8, em 11.

<sup>13</sup> Cf. Marissa Wong, *Has Genocide Jurisprudence Ended Impunity? Transitional Justice and the Case of Rwanda*, *E-Int'l Relations Students* (Aug. 22, 2013), <http://www.e-ir.info/2013/08/22/has-genocide-jurisprudence-ended-impunity-transitionaljustice-and-the-case-of-rwanda/>

<sup>14</sup> Cf. id.

<sup>15</sup> Cf. Posner & Vermeule, nota acima 8, em 12

<sup>16</sup> Cf. *Transitions to Democracy*, nota acima 2, em 25-220 (discutindo casos de transição "bem sucedidas", tal como Poland, South Africa, e Chile).

<sup>17</sup> Tricia D. Olsen Et Al., *Transitional Justice*. In *Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy* 131-61 (2010).

<sup>18</sup> Cf. id., em 146.

<sup>19</sup> O foco no Estado de direito e nas eleições é uma versão "diet" do liberalismo quando comparado a versões mais robustas, como as de John Rawls ou John Stuart Mill. Cf. John Rawls, *A Theory of Justice* (rev. ed. 1999) (1971); John Stuart Mill, *On Liberty*. In: *On Liberty And Other Essays* 5 (John Gray Ed., 1998); John Stuart Mill, *Essays On Economics And Society* (1824-1845), Reprinted In *4 Collected Works Of John Stuart Mill* (J.M. Robson ed., paperback ed., 2006) (1967). Disponível em: <http://www.book2look.de/book/tb4rGeQ9Bf&euid=20303671&ruid=0&clickedby=FW&referurl=www.book2look.com>

<sup>20</sup> *The Critic as Artist*: Author: Oscar Wilde, Celt: *The Corpus Of Electronic texts*, <http://www.ucc.ie/celt/online/E800003-007/>

dissuasão duradoura, paz e solidariedade - a métrica do liberalismo dietético vende demais o sucesso<sup>21</sup>. Muitas vezes, esta métrica provou ser uma distração perigosa<sup>22</sup>. A esperança deste ensaio é que a clareza sobre o que as sociedades devem fazer em favor da transição direcionará melhor a avaliação dos modelos anteriores e o desenho de novos modelos de justiça transicional.

Em que direção, então, deverá a justiça transicional transitar? Neste ensaio, argumento que a justiça transicional deve ser uma transição para o *político*, entendido em sua robusta versão liberal. Argumento ainda que a parte mais significativa das transições deve acontecer nas mentes dos membros das comunidades políticas, precisamente onde a dimensão menos tangível e ainda mais importante da *política* se enraíza. Estes dois pontos estão faltando nos modelos e debates da justiça transicional<sup>23</sup>. Neste cenário, as práticas e processos de justiça transicional e as formas normativas de discurso que os acompanham, não conseguem tomar o *político* como um fim, falhando assim tanto a *transição* quanto a *justiça*<sup>24</sup>.

O *político* - que, como argumento abaixo, inclui, mas certamente não é redutível à política eleitoral e legislativa<sup>25</sup> - tem que contar com pelo menos duas maneiras no contexto da

---

<sup>21</sup> Cf. id.

<sup>22</sup> A literatura sobre os resultados dos mecanismos de justiça transitórios está crescendo significativamente. Esta literatura tende a utilizar várias métricas agrupadas em torno da democracia e dos direitos humanos. Por exemplo, veja Olsen et al., *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy* (Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2010). Neste estudo, os autores descobriram que a justiça transicional faz a diferença. Entretanto, os resultados positivos em todas as métricas utilizadas foram encontrados apenas em duas combinações de mecanismos: julgamentos e anistias; e julgamentos, anistias e comissões de verdade. É interessante para o argumento da misericórdia estrutural que mesmo uma versão truncada da misericórdia tradicional, como a anistia, tem um efeito positivo sobre a democracia e os direitos humanos concedidos, ambos pouco compreendidos.

<sup>23</sup> Este parece ser o caso mesmo em contribuições extraordinárias como a de Ruti Teitel, op. cit., e Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998). Isto também emerge de tipologias como a útil - “ignorância intencional” - para esquecer e perdoar... ‘registro histórico’ - para estabelecer a verdade, mas para perdoar;... ‘retribuição pragmática’ - para esquecer, mas ainda assim punir. ‘não há paz sem justiça’ - para estabelecer a verdade e punir os perpetradores” - desenvolvido em Ivan Simonovic, Attitudes and Types of Reaction Toward Past War Crimes and Human Rights Abuses, 29 *Yale Journal of International Law* 343 (2004). As intervenções filosóficas são semelhantes. Ver Melissa S. Williams, Rosemary Nagy, e Jon Elster (Eds.), *Nomos LI: Transitional Justice* (New York: New York University Press, 2012).

<sup>24</sup> Cf, abaixo, Parte II.

<sup>25</sup> Uma questão importante que surge de meu argumento sobre o *político* é a conexão causal ou correlata entre o político, por um lado, e a política comum e o Estado de direito, por outro. Em termos históricos, por exemplo, o que veio primeiro? Este é, naturalmente, um tema que requer um ensaio por si só. Minha única observação aqui é sugerir que o *político* às vezes existiu sem democracia e sem Estado de direito, mas que sua existência se efêmera

justiça transicional. Primeiro, as dimensões cognitivas, atributivas, punitivas e constitutivas da justiça nas transições da atrocidade devem ter lugar tanto para reivindicações de e em nome das vítimas como uma acusação de crueldade e para a possibilidade de misericórdia estrutural no presente e no futuro<sup>26</sup>. Em segundo lugar, a consideração do *político* deve levar à imaginação das condições sob as quais uma experiência robusta e igualmente compartilhada de normatividade e futurismo pode ser - novamente ou finalmente - possível para as sociedades que emergem da atrocidade<sup>27</sup>. A rejeição da crueldade, as exigências de misericórdia estrutural e as condições para o *político* se encontram no cruzamento em que as sociedades se tornam conscientes do que fizeram a si mesmas e aos outros e do que desejam se tornar<sup>28</sup>.

Estão em jogo, no que as sociedades têm feito a si mesmas e a seus membros, bem como no que se tornam, os hábitos da mente e das instituições que podem manter as atrocidades à distância<sup>29</sup>. Na justiça transicional, ao menos em nossos dias, encontram-se o direito penal internacional, os direitos humanos, o constitucionalismo e a cultura do autogoverno<sup>30</sup>. Somente quando a *justiça transitória* transita para a *política* torna-se capaz de justificar a esperança de paz e justiça mais duradouras e tudo mais envolvido na vida coletiva autogovernada<sup>31</sup>.

O trabalho do *político* é, sociologicamente falando, o da coesão social e da autopreservação; existencial e moralmente, e enquanto as pessoas compartilharem suas vidas e destinos, o trabalho do político é o de autogoverno e esperança<sup>32</sup>.

---

para o político, como argumento neste ensaio, requer bases institucionais para se expandir até seu alcance natural e perdurar. Dito isto, muitos governos têm uma política comum e um Estado de direito sem uma experiência significativa do *político*. Isto só serve para reafirmar o fato de que o *político* é irreduzível a suas bases. Veja a discussão infra das bases do político Parte II.A-B.

<sup>26</sup> Cf. abaixo, parte III.

<sup>27</sup> Cf. abaixo, parte III.

<sup>28</sup> Cf. abaixo, parte III.

<sup>29</sup> Cf. abaixo, partes II-IV.

<sup>30</sup> Cf. abaixo, partes II-IV.

<sup>31</sup> Cf. abaixo, partes II-IV.

<sup>32</sup> Cf. abaixo, partes III-IV.

## II. A POLÍTICA

O *político* é tanto um fórum quanto um modo de participação nele<sup>33</sup>. Como um fórum, o *político* é ideal - tipicamente caracterizado por acesso compartilhado igual, reconhecimento igual dos participantes, foco na vida coletiva e engajamento com o futuro em termos normativos<sup>34</sup>. Como modo de participação, a *política* exige virtudes cognitivas, normativas e atitudinais<sup>35</sup>. Ela vive de indivíduos investidos em pensar de forma deliberativa, reflexiva e solidária sobre o presente e o futuro da forma de vida coletiva que habitam; sua manifestação é a de uma cultura e prática política que tece continuamente no presente as aspirações de uma sociedade para seu futuro<sup>36</sup>.

Assim definido, o *político* tem bases tanto antropológicas quanto institucionais. E ainda assim, o *político* não é redutível a suas bases<sup>37</sup>. Não importa em quantas pré-condições e componentes o *político* seja analisado, permanece sempre uma dimensão normativa irreduzível para ele; uma dimensão que, do ponto de vista do presente, está consciente do passado ao tentar vincular o futuro a algumas de suas possíveis configurações. Em relação a suas bases, o *político* apresenta um excesso fenomenológico de autorreflexibilidade, deliberação, normatividade e futurismo. Assim, o *político* transmuta os potenciais já presentes em suas bases em uma esfera de deliberação irreduzível, orientada para o futuro, normativa e, em última instância, solidária, e escolhas vinculantes baseadas e que promovem a igualdade, a liberdade, a dignidade e a justiça como garantias de acesso a ela e como fins permanentemente reatados do *político*. Esta é certamente uma concepção normativa do *político*. Entretanto, há muitos exemplos dela hoje e no passado, por mais imperfeitos que possam ser<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Para conexões relevantes à minha construção da noção do *político*, veja: Hannah Arendt, [The Human Condition](#) 22-78 (1958); Jürgen Habermas, [The Structural Transformation of The Public Sphere: An Inquiry into A Category of Bourgeois Society](#) (Thomas Burger trans., paperback ed., 1991) (1989); Henri Lefebvre, [The Production Of Space](#) (Donald Nicholson-Smith trans., Blackwell Publ'g 1991) (1974); John Rawls, [Political Liberalism](#) (1993).

<sup>34</sup> Cf. Rawls, acima, nota 33, em 15-22.

<sup>35</sup> Cf. *id.*, em 95-99.

<sup>36</sup> Cf. *id.*, em 35-40.

<sup>37</sup> Cf. abaixo, Parte II.A-B.

<sup>38</sup> Carl Schmitt, [The Concept of the Political](#). Trans. George Schwab. (Chicago: The University of Chicago Press, 2007); Michel Foucault, [Discipline and Punish: The Birth of The Prison](#) 168 (Alan Sheridan trans., Pantheon Books 1977).

A *política* é muitas vezes invisível ou profundamente incompreendida. Um exemplo disto é encontrado em como Carl Schmitt definiu a política como redutível a uma relação de amizade e inimigo baseada em diferenças eletivas interpretadas como uma ameaça existencial<sup>39</sup>. Toda a fenomenologia das capturas *políticas* de Schmitt é um aspecto da transição evolutiva de organizações coletivas baseadas no parentesco para formas relativamente mais inclusivas de tribalismo na história da humanidade. Nesta transição, o impulso natural para proteger o próprio patrimônio genético foi parcialmente sublimado ou incorporado a novos critérios de pertença de grupo, tais como o compartilhamento de uma característica territorial, linguística, religiosa, fenotípica, etc. É verdade que a política não deixa de ter raízes históricas rastreáveis a tais origens históricas. Certamente tudo tem uma história, mas a história não é tudo. Especialmente com relação à *política*, o futuro é mais importante.

Outra maneira de perder o *político* é reduzi-lo a mais uma manifestação histórica da política comum, dizendo com Foucault que:

Pode ser que a guerra como estratégia seja uma continuação da política. Mas não se deve esquecer que a “política” foi concebida como uma continuação, se não exatamente e diretamente da guerra, pelo menos do modelo militar como um meio fundamental de prevenção da desordem civil. A política, como uma técnica de paz e ordem interna, procurou implementar o mecanismo do exército perfeito, da massa disciplinada, da dócil e útil tropa...<sup>40</sup>

Nesta visão, a política se preocupa principalmente com a manutenção do que é percebido ou concebido seja como a continuação da normalidade ou como um retorno à normalidade. Seja consciente ou inconscientemente, é com este compromisso com a normalidade em mente que os mecanismos de justiça transicional geralmente operam dentro do paradigma do liberalismo alimentar.

<sup>39</sup> Carl Schmitt, acima, nota 38, em 26-27. As ideais de Schmitt não são simplistas. Muito pelo contrário, elas são uma constante lembrança do perigo da demonização e da tentativa de fugir da política. Para um envolvimento pensativo e aprendido com as ideias de Schmitt em um contexto relevante aos temas deste ensaio, ver David Luban, *A Theory of Crimes Against Humanity*, 29 *Yale J. Int'l L.* 85 (2004). O artigo de Luban também é relevante, na medida em que procura dar visibilidade à natureza política da declaração de crimes contra a humanidade como uma violação universal: “Tenho argumentado que o objetivo de declarar crimes contra a humanidade como violações universais da lei é, em última instância, reformular a própria ideia de política para excluir estes atos.” (Op. cit., p. 121).

<sup>40</sup> Cf. Foucault, acima, nota 38, em 168.



Seguindo Schmitt ou Foucault, uma crítica da *política*, como a defino aqui, poderia dizer que há, no cerne do excesso fenomenológico de autorreflexibilidade, normatividade e futurismo, uma realidade inescapável que força as sociedades a avançarem simultaneamente através da crise que requer justiça transitória e a retroceder para um tempo, agora sem dúvida idealizado, de bem-estar anterior. As partes interessadas na justiça transicional não estão preocupados principalmente, a crítica continua, com promessas de utopia futura, mas sim com a expiação dos eventos tão recentemente perpetrados e com o retorno à estagnação social pacífica.

E ainda assim, tal como os indivíduos não conseguiriam viver bem se não estivessem dispostos a investir ativamente na formação de seu próprio futuro biográfico, as sociedades não seriam pacíficas e normativamente atraentes se não estivessem dispostos a conceber e promulgar proativamente um futuro preferido para si mesmos. O *político* é a melhor maneira que as sociedades têm para lidar com o problema inevitável do futuro em uma chave normativa. Aqui, como em outras coisas humanas, não há refúgio possível na recusa de fazer escolhas - a inação conta tanto como a ação, pois as escolhas estão sendo feitas o tempo todo quer se tome ou não uma parte ativa nelas.

#### A. *Bases Antropológicas*

A *política* tem, é claro, bases antropológicas profundas e complexas<sup>41</sup>. Nesta seção, eu simplesmente resalto alguns aspectos das dimensões ontológicas e epistemológicas dessas bases.

Ontologicamente, a política se baseia nos fenômenos de pluralidade e proximidade na vida da espécie<sup>42</sup>. A pluralidade fala do fato de sermos muitos, e suficientemente diversos para permitir que cada pessoa acredite que ela experimenta e participa do mundo de pelo menos algumas maneiras únicas<sup>43</sup>. Factualmente, a proximidade significa que o contato, a interação e

---

<sup>41</sup> Cf. Arendt, acima, nota 33, em 22-78.

<sup>42</sup> *Id.*, em 50-58.

<sup>43</sup> Cf. Rawls, acima, nota 33, em 50.

o intercâmbio são inevitáveis para quase todo mundo quase o tempo todo<sup>44</sup>. Tanto a nível intuitivo quanto reflexivo, a proximidade permite que os indivíduos desenvolvam um senso de destino compartilhado; que de alguma forma fundamental seus destinos sejam unidos<sup>45</sup>. O sentido de solidariedade encontra sua origem precisamente nesta experiência<sup>46</sup>. Articulando a antropologia filosófica do domínio público, Hannah Arendt escreveu que:

o domínio público depende da presença simultânea de inúmeras perspectivas e aspectos nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser concebido. Pois embora o mundo comum seja o ponto de encontro comum de todos, aqueles que estão presentes têm nele locais diferentes...<sup>47</sup>

Epistemologicamente, o *político* depende das capacidades humanas de cognição transtemporal, da linguagem, do julgamento e da razão prática. A cognição transtemporal refere-se ao conhecimento e à lembrança do passado, à compreensão da situação atual de si mesmo e dos outros<sup>48</sup>, e à capacidade de imaginar futuros possíveis e estabelecer uma preferência hierárquica entre eles<sup>49</sup>. A humanidade como um todo e os indivíduos evoluíram para viver virtualmente “espalhados” pelo arco temporal do passado através do presente para o futuro<sup>50</sup>.

A linguagem e a capacidade de comunicação simbólica complexa transformaram a vida natural da espécie em um verdadeiro sentido<sup>51</sup>. As capacidades ilimitadas de nomeação e

<sup>44</sup> Cf. Arendt, acima, nota 33, em 50.

<sup>45</sup> Cf. *id.*

<sup>46</sup> Cf. *id.*

<sup>47</sup> Cf. *id.*, em 57.

<sup>48</sup> Pense aqui, por exemplo, na ideia desenvolvida por C. Wright Mills da imaginação sociológica como a autocompreensão de como a história e a biografia se encontram. C. Wright Mills, [The Sociological Imagination](#) (Nova Iorque: Oxford University Press, 2000). Um ponto semelhante, agora de uma perspectiva marxista, é feito por Henri Lefebvre em sua [Critique of Everyday Life](#), Vol. I-III. Traduzido por John Moore e Gregory Elliott (Nova Iorque: Verso, 2002, 2008).

<sup>49</sup> Cf Ernst Bloch, [The Principle of Hope](#) 229–30 (Neville Plaice et al. trans., 3d prtg., paperback ed., The MIT Press 1996) (1986); Paulo Barrozo, The Great Alliance: History, Reason, and Will in Modern Law, 78 *Law&Contemp. Probs.* 1 (2014).

<sup>50</sup> Cf. Barrozo, acima, nota 49.

<sup>51</sup> “[O homem é mais um animal político do que as abelhas ou qualquer outro animal gregário é evidente. A natureza, como costumamos dizer, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da fala. E enquanto a mera voz é apenas uma indicação de prazer ou dor, e portanto é encontrada em outros animais [...], o poder da fala tem a intenção de estabelecer o expediente e o inoportuno, e portanto também o justo e o injusto. E é uma característica do homem que somente ele tem qualquer senso de bem e mal, de justo e injusto, e similares,

adjetivação da linguagem transformam rotineiramente fatos em valor, comportamento em ética e gregarismo em política<sup>52</sup>. A linguagem é responsável por transformar mecanismos evolutivos e instituições de coordenação social como famílias, grupos e estados em espaços onde as concepções da boa vida lutam pela ascendência<sup>53</sup>. “Se estamos vivos”, escreve J. B. White, “olhamos para o mundo ao nosso redor e dizemos: ‘Como vou viver em tal lugar, falar tal língua?’”<sup>54</sup> A língua é o meio e o material tanto da cognição - *episteme* - como da opinião - *doxa*<sup>55</sup>. Devido a esta combinação de verdade dura e perspectivismo suave - a linguagem cria as condições para a contestação dentro dos limites do sentido. Com o potencial da linguagem para permitir a apresentação da opinião como verdade, surgiu o potencial sempre presente de escalada de conflitos para além de seus interesses práticos, deixando as associações humanas muitas vezes a apenas alguns passos da desintegração<sup>56</sup>. Para o bem e para o mal, agora habitamos a linguagem e com ela tecemos as extensões e limites abertos de nosso mundo, e sem ela nunca teríamos nos tornado um *zoon politikon*<sup>57</sup>.

Conectadas às capacidades de cognição e linguagem transtemporal estão as capacidades gêmeas de julgamento e razão prática. O julgamento inclui a capacidade de ver o mundo a partir da perspectiva dos outros - “mentalidade ampliada” - antes de se sentir pronto para avaliar cursos de ação, personagens e estados de coisas<sup>58</sup>. Um dos mistérios da faculdade de julgamento

---

e a associação de seres vivos que têm esse sentido faz uma família e um estado.” (*The Politics of Aristotle* 4 (B. Jowett trans., Oxford: Clarendon Press 1885).

<sup>52</sup> Cf. *id.*, em 4.

<sup>53</sup> Cf. *id.*, em 3 (“Quando várias vilas estão unidas em uma única comunidade completa, suficientemente grande para ser quase ou bastante autossuficiente, o estado passa a existir, originando-se nas necessidades da vida, e continuando a existir em prol de uma boa vida.”).

<sup>54</sup> James Boyd White, *Living Speech: Resisting the Empire of Force* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 204.

<sup>55</sup> See Louis E. Wolcher, Senseless Kindness: The Politics of Cost-Benefit Analysis, 25 *Law & Ineq.* 147, 148-49 (2007).

<sup>56</sup> Foi a este potencial inerente à linguagem que Thomas Hobbes respondeu com a prescrição de um orador nominalista privilegiado e de um árbitro nominalista final. Veja seu *Leviathan, The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

<sup>57</sup> *Zoon politikon* traduz-se em inglês como “political animal”. *Zoon Politikon*, *Reverso Dictionary*, <http://dictionary.reverso.net/german-english/Zoon%20politikon> (last visited May 22, 2014).

<sup>58</sup> Ver geralmente Adam Smith, *A Theory of Moral Sentiments*. (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 2009); Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Trans. Jens Timmermann. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012); Immanuel Kant, *Critique of the Power of Judgment*. Trans. Paul Guyer e Eric Matthews. (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); e Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*. (Chicago: The University of Chicago Press, 1989). Para uma abordagem da questão da reconciliação inspirada em uma

é que ela nunca pode ser totalmente subsumida sob o conhecimento instrumental ou o conhecimento científico<sup>59</sup>. O julgamento leva a sério a experiência e as reivindicações dos outros, ao mesmo tempo em que insiste que uma avaliação ponderada e imparcial de suas ações e do estado de coisas que elas criam é tanto possível quanto legítima<sup>60</sup>.

A razão prática é um chamado e um guia para a ação com base em um julgamento sobre os assuntos do mundo<sup>61</sup>. Normalmente, os indivíduos não são insensíveis ou neutros em relação às ações que eles acreditam que vitimizam a si mesmos ou aos outros<sup>62</sup>. Tampouco são, em circunstâncias normais, inconscientes ou negligentes sobre o que são chamados a fazer como um dever para com eles mesmos ou para com os outros<sup>63</sup>. À medida que passam do julgamento à ação, a razão prática é o guia se eles aspiram a agir e reagir de forma a demonstrar integridade, coerência, compreensão e responsabilidade por si mesmos e pelo mundo ao seu redor<sup>64</sup>.

Em sua sinergia, estas bases antropológicas tornam possível a experiência da política - enraizada e ao mesmo tempo reflexivamente orientada em favor de nossa humanidade -, embora sem garantias.

---

interpretação da noção de “simpatia” em Adam Smith ver Nir Eisikovits, *Sympathizing with the Enemy: Reconciliation, Transitional Justice, Negotiation* (Dordrecht, Boston: Martinus Nijhoff, 2010).

<sup>59</sup> O que, naturalmente, não significa que o julgamento seja “sem sentido”. Linda Meyer, *Is Practical Reason Mindless?* 86 *Geo. L.J.* 647 (1998).

<sup>60</sup> Cf. *id.*, em 662-663.

<sup>61</sup> Sobre a razão prática, e além das obras citadas na nota 11, veja o seguinte: Aristóteles, *Nicomachean Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press); David Hume, *A Treatise of Human Nature*, L. A. Selby-Bigge e P. H. Niditch (eds.) (Oxford: Clarendon Press, 1978); Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997); C. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996); John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1979); Robert Nozick, *The Nature of Rationality* (Princeton: Princeton University Press, 1993); Martha Nussbaum, *Skepticism About Practical Reason in Literature and the Law*, 107 *Harv. Law Rev.* 714 (1994); Linda Meyer, *Is Practical Reason Mindless?* 86 *Georgetown Law Journal* 647 (1998); Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Nova York: Oxford University Press, 1999); J. David Velleman, *Practical Reflection* (Princeton: Princeton University Press, 1989); e A. MacIntyre, *Whose Justice? Which rationality?* (University of Notre Dame Press, 1989).

<sup>62</sup> Cf. acima, nota 61.

<sup>63</sup> Cf. acima, nota 61.

<sup>64</sup> Cf. acima, nota 61.

B. *Bases Institucionais*

O pensamento e a experiência modernos, embora um fenômeno complexo, podem ser caracterizados como uma série de desafios frontais a muitas das reivindicações tradicionais de autoridade nos domínios de crença, conhecimento, política, imaginação, moralidade, relações íntimas, práticas produtivas e instituições. Uma das aspirações unificadoras da força normativa por trás dessa postura de confronto foi a emancipação da humanidade: emancipação da subjugação às pressões urgentes e aos ciclos implacáveis da natureza, da opressão política e social, da exploração econômica e da miséria, dos modos abrangentes de consciência esquivada, do flagelo da discriminação, do sofrimento injustificável e da vulnerabilidade, e da crueldade. Neste momento tardio, as aspirações emancipatórias articuladas no pensamento moderno se tornaram universais, uma verdadeira posse da humanidade. Estas aspirações são elaboradas na linguagem das promessas mútuas de bondade e liberdade e de igualdade e de reconhecimento da dignidade fundamental de cada um. Os fóruns e a linguagem destas promessas são substrato e matéria do *político*.

A lei e a forma jurídica modernas, um fenômeno igualmente complexo e de múltiplas causas, nunca podem escapar completamente do amplo e profundo domínio das modernas aspirações emancipatórias. Mais especificamente, as instituições legais básicas de uma política não são o resultado de um algoritmo social, o mero produto da sinergia causal entre as forças sociais coevolutivas. Forças que favorecem de forma variada a racionalização instrumental e a lógica intrasistêmica<sup>65</sup>, transformações de formas de consciência coletiva como meio de coesão social<sup>66</sup>, aumento da capilaridade do poder como tecnologia gerencial, comprometimento estratégico<sup>67</sup> sem fim das elites poderosas que enfrentam demandas distributivas das massas nas democracias eleitorais<sup>68</sup> e a estabilização incidental de grupos de opinião pública no

<sup>65</sup> Veja Max Weber. [Economy and Society](#). Ed. G. Roth e C. Wittich (Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1978).

<sup>66</sup> Ver Emile Durkheim. [The Division of Labor in Society](#). Trans. L. Coser (Nova York, NY: The Free Press, 1997).

<sup>67</sup> Cf. Foucault, acima, nota 38, em 170-177.

<sup>68</sup> Karl Marx, 'On the Jewish Question,' In [Early Political Writings](#) (Joseph O'Malley ed. & trans., 1994). Cf. também [The Marx-Engels Reader](#) 3-6, 12-15, 146-202, 525-41 (Robert C. Tucker ed., 2d ed. 1978); Karl Marx, [Capital: A Critique of Political Economy](#) (Ben Fowkes trans., Vintage Books 1977) (1976).

mercado aberto de ideias copiadas<sup>69</sup>. As instituições básicas de uma sociedade podem muito bem ser tudo isso, mas também são muito mais. No seu melhor, elas se tornam a estufa na qual a *política* cresce como um processo social e cultural contínuo e profundamente reflexivo que opera a tradução de nossas promessas mútuas de emancipação em visões normativas sobre o futuro. Através da *política*, as promessas de emancipação são mantidas atualizadas e reais através da imaginação e reinvenção orientadas para o futuro.

Neste sentido ideal, o *político* é o contínuo processo reflexivo de imaginação, articulação, contestação, refinamento, promulgação e, novamente, reimaginação de aspectos fundamentais da vida coletiva com base em ideais de liberdade, igualdade, dignidade, justiça e promessas mútuas de bondade<sup>70</sup>. Este processo encontra sua casa no constitucionalismo como um processo jurídico-cultural e nas constituições que ele cria ao longo do tempo<sup>71</sup>. Quando o constitucionalismo e suas constituições emergem do *político*, as sociedades se tornam e permanecem autorreflexivas<sup>72</sup>. Como Philip Allott escreveu certa vez,

o constitucionalismo é uma teoria, ou seja, uma ordenação mental da realidade dentro da qual uma sociedade particular se constitui a si mesma. É uma teoria explicativa e justificativa da autoconstituição de uma sociedade. A característica que define o constitucionalismo como uma teoria é que a sociedade faz uma ideia de sua própria autoconstituição em um ideal de sua autoconstituição, e incorpora esse ideal na teoria de sua autoconstituição. A ideia é projetada a partir do real para formar um ideal e, como um ideal, é reintroduzida no real. Para uma sociedade que adota o constitucionalismo como teoria, o constitucionalismo permite e exige que a sociedade organize e dirija sua própria autoconstituição de acordo com sua ideia transcendental de si mesma<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Veja John Stuart Mill. *On Liberty*, acima, nota 19, em 5-19.

<sup>70</sup> Reflexividade como *ennoia*, no sentido de reflexão e pensamento intenso da escola platônica. Cf. Nietzsche. *The Pre-Platonic Philosophers* (Urbana e Chicago, IL: University of Illinois Press, 2006), 5-6 (falando de “um excesso de intelecto que [um povo ou um indivíduo] não dirige mais [...] apenas para fins pessoais, individuais, mas chega com ele a uma pura intuição”). Embora um tratamento extensivo da questão da refletividade não possa ser acomodado neste ensaio, estou convencido de que alguma forma de exuberância intelectual deste tipo está inextricavelmente envolvida na refletividade como um importante fator causal nos processos sociais. Para uma articulação do ideal de uma “cidadania socrática” como forma de agência reflexiva, ver Dana R. Villa. *Socratic Citizenship* (Princeton: Princeton University Press, 2001).

<sup>71</sup> Cf. Philip Allott, Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism, in *The Legitimacy Of International Organizations* 69, 70-72 (Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen eds., 2001).

<sup>72</sup> Cf. *id.*

<sup>73</sup> Cf. *id.*, em 69, 70.

Este sentido reflexivo de si mesma como associação política - incluindo a consciência do que faz a si mesma e aos outros e uma visão do que deseja se tornar - é o dom do *político* às sociedades afortunadas o suficiente para acolhê-lo e protegê-lo.

Em reciprocidade, o constitucionalismo e suas constituições fornecem *ao político* os meios institucionais para ver a normatividade que dele deriva potencialmente alcançar universalidade, aplicabilidade e durabilidade com possibilidade de revisão<sup>74</sup>.

### III. ATROCIDADE E MISERICÓRDIA

Tradicionalmente, atrocidade e misericórdia são consideradas fenômenos marginais, exceções na rotina cotidiana das sociedades<sup>75</sup>. Isto pode ser assim, mas as instancias das atrocidades de crueldade não são suficientemente raras, mesmo em sociedades que funcionam bem. Na medida em que a crueldade se mantém, o antídoto da misericórdia deve ser integrado e rotinizado até entrar na corrente sanguínea da cultura política. Portanto, a justiça transicional deve ser simultaneamente uma expressão da rejeição da crueldade e de um compromisso com a misericórdia.

Nesta seção eu faço um argumento convergente sobre crueldade e misericórdia. Após oferecer uma tipologia de crueldade, defendo que, como argumento normativo sobre os requisitos de uma sociedade justa e decente<sup>76</sup>, a misericórdia estrutural - como distinta da misericórdia no uso mais comum do termo - merece um lugar central na teoria e prática da justiça transicional como uma das melhores maneiras de inocular hábitos de restrição de poder e frugalidade nos elementos antropológicos, institucionais, culturais e práticos da *política* que os mecanismos e processos de justiça transicional deveriam ter a ambição de levar.

Voltando à tipologia, quatro tipos distintos de crueldade parecem estar normalmente

---

<sup>74</sup> Cf. *id.*, em 70-72.

<sup>75</sup> Steven Pinker, [The Better Angels Of Our Nature: Why Violence Has Declined](#) (2011).

<sup>76</sup> Sobre a noção de “sociedade decente” e que ela não é subsumível à noção de “sociedade justa”, ver Avishai Margalit, [The Decent Society](#) 1-6 (Naomi Goldblum trans., 1st paperback ed., 1998).

presentes em atrocidades em massa cometidas<sup>77</sup>. Em trabalhos anteriores e em andamento, explico e avalio quatro concepções analiticamente distintas de crueldade, a saber: *agente-objetiva*, *agente-subjetiva*, *vítima-subjetiva* e *vítima-objetiva/agente-independente*<sup>78</sup>. Para os fins do argumento deste ensaio, as duas primeiras concepções estão encapsuladas no tipo crueldade-como-agência de crueldade<sup>79</sup>. As demais concepções aparecem nos tipos de crueldade-como-sofrimento e crueldade-como-situação<sup>80</sup>.

A crueldade como agência, a crueldade como sofrimento e a crueldade como situação difícil são discerníveis ao longo de dois eixos<sup>81</sup>. No primeiro, o elemento tipológico de crueldade é encontrado no continuum da relação perpetrador/vítima<sup>82</sup>. O segundo eixo utiliza o contínuo objetivo/subjetivo para construir a tipologia<sup>83</sup>. O primeiro eixo é mais óbvio e não requer mais explicações<sup>84</sup>. Emergindo do fim objetivo do continuum objetivo/subjetivo, o segundo eixo da tipologia contempla a situação objetiva da vítima ou o comportamento dos agentes de crueldade em relação às normas objetivas de comportamento<sup>85</sup>. Por seu turno, a partir do extremo oposto, a tipologia enfoca a experiência subjetiva das vítimas - exigindo algum grau mínimo de sentimento ou consciência real - enquanto por parte dos agentes de crueldade enfoca algum elemento de gratificação masculina real ou hedonista no sofrimento<sup>86</sup>. O plano conceitual configurado por estes dois eixos capta todos os tipos de crueldade como um instrumento de atrocidade<sup>87</sup>.

No tipo de crueldade-como-agência, o agente causa sofrimento físico ou mental por parte da vítima ao se envolver em brutalidade (agente-objetivo) ou sadismo, etc. (agente-subjetivo) que viola as normas legais ou éticas de comportamento para com os outros<sup>88</sup>. No

---

<sup>77</sup> Eu desenvolvi esta tipologia pela primeira vez em Paulo Barrozo, Punishing Cruelly: Punishment, Cruelty, and Mercy, 2 *Crim. L. & Phil.* 67, 70.

<sup>78</sup> Cf. *id.*

<sup>79</sup> Cf. *id.*, em 69-70.

<sup>80</sup> Cf. *id.*, em 67, 69-70.

<sup>81</sup> Barrozo, acima, nota 77, em 70.

<sup>82</sup> Cf. *id.*

<sup>83</sup> Cf. *id.*

<sup>84</sup> Cf. *id.*

<sup>85</sup> Barrozo, acima, nota 77, em 70.

<sup>86</sup> Cf. *id.*

<sup>87</sup> Barrozo, acima, nota 77, em 69-70.

<sup>88</sup> Paulo Barrozo, Reconstructing Constitutional Punishment, 6 *Wash. U. Jur. Rev.* 175 (2014).



tipo crueldade-como-sofrimento, o sofrimento físico ou mental da vítima é resultado mais de vulnerabilidades pessoais ao sofrimento (subjetivo à vítima) do que da natureza do comportamento do perpetrador<sup>89</sup>. Neste caso, em circunstâncias normais, o comportamento do perpetrador pode até cair bem dentro dos limites do aceitável legal e eticamente<sup>90</sup>. Entretanto, devido à circunstância pessoal da vítima, idiossincraticamente, ou como uma função em parte do contexto maior de atrocidades em massa, esse comportamento causa um sofrimento físico ou mental que se traduz em crueldade<sup>91</sup>.

Finalmente, no contexto de atrocidades em massa, o tipo crueldade-como-situação tende também a ser predominante<sup>92</sup>. Neste caso, ou a agência individualizada e a vitimização sentimental estão ausentes ou pelo menos insuficientemente presentes<sup>93</sup>. Eu defendo que uma vez que a crueldade é bem compreendida e o fenômeno levado a sério, descobriremos que instanciamentos de crueldade ocorrem se a vítima está consciente ou não, e se existe ou não um agente cujo comportamento brutal ou sádico é a causa próxima da crueldade<sup>94</sup>. Em outras palavras, o terceiro tipo de crueldade ocorre mesmo na ausência de sofrimento físico ou psicológico consciente e mesmo que seja causado estruturalmente, de forma impessoal<sup>95</sup>. Assim, o tipo crueldade-como-situação afasta-se das exigências de agência, vitimização e causalidade encontradas nos outros tipos<sup>96</sup>. É capaz de ser assim, pois agora entendemos que a crueldade reside em graves violações da dignidade humana e está tão preocupada com a causalidade estrutural impessoal quanto com a causalidade agente<sup>97</sup>.

De grande relevância no contexto da justiça transicional é a consideração do tempo como uma terceira dimensão do espaço formado pelos eixos agente-vítima e objetivo-subjetivo da tipologia da crueldade<sup>98</sup>. De fato, as concepções e tipos de crueldade implicam

---

<sup>89</sup> Cf. *id.*

<sup>90</sup> Cf. *id.*

<sup>91</sup> Cf. *id.*

<sup>92</sup> Cf. Barrozo, acima, nota 88.

<sup>93</sup> Cf. *id.*

<sup>94</sup> Cf. *id.*

<sup>95</sup> Cf. *id.*

<sup>96</sup> Cf. Barrozo, acima, nota 88.

<sup>97</sup> Cf. *id.*

<sup>98</sup> Cf. *id.*

diferentemente a influência do tempo sobre a ação e a causalidade<sup>99</sup>. Enquanto crueldade-como-agência e a crueldade-como-sofrimento envolvem unidades discretas de ação e sentimento concentrados no tempo, o tipo crueldade-como-situação implica em uma causalidade dispersa na incidência e prolongada no tempo, muitas vezes com efeitos a longo prazo e mais difíceis de deter<sup>100</sup>. Se levamos a sério a abordagem das atrocidades da crueldade, a justiça transicional deve dar muito mais atenção à busca de soluções para os problemas de vulnerabilidade social e proteção desigual pela lei<sup>101</sup>. Estas soluções, eu defendo, incluem necessariamente a (re)criação do *político*, pois somente o *político* pode igualar a longo prazo o desafio de compreender, desvendar e enfrentar todos os tipos de crueldade, particularmente a mais furtiva delas, a crueldade-como-situação.

A política, porém, parece sempre que as sociedades não adotam e praticam uma cultura de poder que exige contenção e frugalidade na forma e quantidade de violência que o poder rotineiramente inflige. Por definição, um fenômeno está universalmente implicado em ordens sociais de qualquer tipo: a violência. Mesmo as melhores ordens constitucionais reprimem algumas formas de violência enquanto criam outras - guerra e punição, principalmente - cuja expressão e distribuição regulamentam<sup>102</sup>. Entretanto, as ordens constitucionais não são todas iguais<sup>103</sup>. Para que elas forneçam espaço significativo ao *político*, a violência que dispensam deve ser mínima e legítima, pois a violência é a negação por excelência do *político*<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Cf. *id.*

<sup>100</sup> Cf. Barrozo, acima, nota 88.

<sup>101</sup> Cf. *id.*

<sup>102</sup> Que a violência está implicada na constituição e na reprodução das ordens sociais tem sido reconhecida ao longo dos tempos. Para exemplos de diferentes tradições intelectuais, veja Thucydides, *History of The Peloponnesian War* (Richard Crawley trans., E.P. Dutton & Co., 1926) (1910); Hobbes, acima, nota 56, em 23-27. Cf também Alice Ristroph, Respect and Resistance in Punishment Theory, 97 *Calif. L. Rev.* 601 (2009); Walter Benjamin, Critique of Violence, in *Reflections* 277, 277-300 (Peter Demetz trans., Schocken Books 1978) (1955); Hannah Arendt, On Violence 3-31 (1970); Jacques Derrida, Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority," 11 *Cardozo L. Rev.* 920 (Mary Quaintance trans., 1990); Douglass C. North Et Al., [Violence and Social Orders: A Conceptual Framework For Interpreting Recorded Human History](#) (2009). Com relação à punição, ninguém entendeu completamente este fenômeno antes de Hegel. Ver George W. F. Hegel, [Elements of the Philosophy of Right](#) (Cambridge: Cambridge University Press, 2000). Alan Norrie faz justiça a este aspecto da filosofia do direito de Hegel em sua [Law, ideology and punishment: retrieval and critique of the liberal ideal of criminal justice](#) (1991). Para análise e argumento normativo no contexto da punição, ver Paulo Barrozo, acima, nota 88.

<sup>103</sup> Cf. Luban, acima, nota 39, em 90-91.

<sup>104</sup> Cf. *id.*

Historicamente, nenhum tipo de ordem social elevou a barra da guerra legítima e da punição mais alta do que as democráticas liberais de uma cidadania autogovernada<sup>105</sup>. E ainda assim, as políticas democráticas liberais fazem guerra e castigam abundantemente. À luz destas realidades, o que as bases antropológicas e institucionais da *política* exigem é uma cultura e uma prática de misericórdia estrutural como contrapartida à violência ordinária e extraordinária. Institucionalmente, a misericórdia estrutural reflete e incentiva simultaneamente um uso contido e frugal da violência pelos Estados e outras subunidades políticas. Em termos de cultura política - incluindo tanto o que Avisahi Margalit significa por civilização quanto por decência<sup>106</sup> - a misericórdia estrutural desempenha um papel ao forjar nos membros da sociedade uma sensibilidade para o poder e a violência que apoia e aprofunda a possibilidade e a experiência do *político* a longo prazo. Em última análise, esta é a melhor chance para a paz duradoura, a dissuasão e a (re)conciliação.

A ideia de misericórdia estrutural é diferente da noção mais usual de misericórdia<sup>107</sup>. Normalmente, a misericórdia é um ato de indivíduo (privado ou de um cargo, geralmente o chefe executivo) que perdoa ou retém a violência que o beneficiário é considerado e considerado legalmente merecedor<sup>108</sup>. Em comparação, a misericórdia estrutural não é

---

<sup>105</sup> Para um estudo sofisticado e esclarecedor da autogovernança através do constitucionalismo cosmopolita, ver Vlad Perju, "Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government", 8 *International Journal of Constitutional Law* 326 (2010).

<sup>106</sup> Cf. Avisahi Margalit, acima, nota 76, em 113.

<sup>107</sup> Ver sobre o tema da misericórdia Linda Ross Meyer, *The Justice of Mercy* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2013); Claudia Card, On Mercy, *The Philosophical Review*, 81(2), 182-207 (1972); Ross Harrison, The Equality of Mercy, in *Jurisprudence: Cambridge Essays*, ed. Hyman Gross e Ross Harrison (Oxford: Oxford University Press, 1992); Martha Nussbaum, Equity and Mercy, *Philosophy and Public Affairs*, 22(2) (1993); Dan Markel, Against Mercy, 88 *Minn. L. Rev.* 1421 (2004), e Austin Sarat e Nasser Hussain, *Forgiveness, Mercy and Clemency* (Stanford: Stanford University Press, 2006); e Austin Sarat, *Mercy on Trial: What it Means to Stop and Execution* (Princeton: Princeton University Press, 2005).

<sup>108</sup> É interessante ver como a misericórdia - pelo menos a do tipo caso a caso, como a da prerrogativa executiva de perdoar - é um valor multicultural expresso como abandono do modelo de retribuição *lex talionis*: "Se algum dano se seguir, então você dará vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, risca por risca" (*Exodus* 21:23-7). Pode-se ser tentado a pensar aqui na influência da dissidência cristã da velha lei hebraica: "Ouvimos que foi dito: 'Olho por olho e dente por dente'. Mas eu lhes digo: 'Não resistam a um malfeitor'. Mas se alguém lhe bater na bochecha direita, vire a outra também". (Mt 5,38-9) Enquanto em Mateus, Jesus prega um princípio universalizável de perdão, no Alcorão já detectamos a abordagem caso a caso que prevalece na atual misericórdia executiva: "E decretamos para eles nele que: a vida pela vida, o olho pelo olho, o nariz pelo nariz, a orelha pela orelha, o dente pelo dente, e uma lesão equivalente para qualquer lesão. Se alguém perde o que lhe é devido como caridade, ele expiará seus pecados". Aqueles que não governam de acordo com as revelações de DEUS são os injustos. " (Alcorão 5:45)

principalmente sobre ou definida em termos de atos isolados. É um aspecto do caráter dos negócios de uma sociedade no poder e na violência.

O argumento aqui é semelhante ao que John Rawls apresentou em relação ao papel e ao tema da justiça<sup>109</sup>. Ele escreveu:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais... Muitos tipos diferentes de coisas são ditas como justas e injustas... O tema, no entanto, é o da justiça social. Para nós, o assunto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a forma pela qual as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social... A estrutura básica é o sujeito primordial da justiça, pois seus efeitos são tão profundos e presentes desde o início<sup>110</sup>

Da mesma forma, os agentes da misericórdia estrutural são as instituições e as formas de consciência de uma sociedade implicada em guerras e violência punitiva; e seu papel de vanguarda é fomentar uma cultura de antiviolença e o cultivo *do político* como um reino de deliberação obrigatória entre indivíduos que compartilham a sociedade em condições de pluralidade e proximidade. No contexto da justiça transicional, é especialmente importante começar por punir as atrocidades de forma menos violenta do que se poderia supor nas circunstâncias.

Em um ponto mais geral, se buscarmos a estrutura de valores dos sistemas avançados de justiça criminal, pelo menos duas camadas emergem. Na primeira camada, a mais próxima do fundamento, vemos a constitucionalização do direito e do procedimento penal em nome da justiça, da igualdade de proteção e da promoção de uma reunião cognitivamente confiável e epistemologicamente justa e probatória. Mas as análises históricas e estruturais revelam uma segunda camada, mais abstrata, de valores que exercem uma força constante, se bem que mais sutil e amplamente não reconhecida, modelando os sistemas de justiça criminal. Nesta segunda camada, a rejeição da crueldade e da misericórdia estrutural ocupam um lugar de destaque. Este deveria ser também o caso da justiça transicional.

<sup>109</sup> Cf. Rawls, acima, nota 19, em 3, 6-7.

<sup>110</sup> *Id.*

#### IV. O DIREITO PENAL INTERNACIONAL NA JUSTIÇA TRANSITÓRIA

Vários modelos de justiça transicional incorporam alguma dimensão de anistia aos perpetradores como parte de negociações pontuais ou gerais para pôr fim a conflitos. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o direito penal internacional e as reivindicações à jurisdição universal estão cada vez mais estreitando o escopo das negociações de anistia<sup>111</sup>. Nos debates sobre justiça transicional, o conflito entre justiça penal nacional e internacional e, por outro lado, a anistia tem sido enquadrada como uma escolha entre justiça ou paz<sup>112</sup>. Entretanto, enquadrar o impacto da justiça criminal nas transições negociadas em termos de justiça ou paz perde o ponto maior. Se o assunto for visto de uma perspectiva de escolha racional, institucional, simbólica ou normativamente, o futuro tanto da justiça transicional quanto do direito penal internacional estará em melhores mãos quando o último for construtivamente entrelaçado ao primeiro. Uma tentativa de construir a justiça criminal como parte integrante da justiça transicional já estava em andamento pelo menos desde o Julgamento de Nuremberg. Estamos agora em uma posição cognitiva e normativa muito melhor para entender o processo construtivo necessário e para avaliar os interesses em jogo nele. O desafio em questão é melhor enfrentado a partir de uma abordagem construtivista do direito penal internacional, à qual agora me dirijo em duas partes.

##### A. *Limitações dos Modelos “Realistas” de Pensamento Jurídico e Político*

Os modelos de jurisprudência baseados no Estado são baseados em uma ontologia que afirma que a lei (i) é o produto de um poder centralizado, (ii) soberano que (iii) tem em sua base um consenso cultural suficientemente grande ou uma hegemonia cultural funcionalmente

---

<sup>111</sup> Foco aqui no direito penal internacional. Para um trabalho teoricamente sofisticado, analiticamente útil e prescritivamente atraente sobre o direito penal internacional e a jurisdição universal ver Maximo Langer, *The Archipelago and the Wheel: Universal Jurisdiction and the International Criminal Court*, in [The First Global Prosecutor: Constraints and Promise](#) (Martha Minow et al. eds., forthcoming 2014).

<sup>112</sup> Cf. Lisa J. Laplante, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, 49 *Va. J. Int'l L.* 915 (2009); Elizabeth B. Ludwin King, *Amnesties in a Time of Transition*, 41 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 577 (2010).

equivalente expressa como uma nação e (iv) que depende de mecanismos suficientemente eficazes - particularmente meios materiais ou físicos - de aplicação. A *Realpolitik* nacional e internacional compartilham esta ontologia. Nesta seção eu defendo que este paradigma ontológico é seriamente defeituoso, especialmente no contexto da justiça transicional.

Um lugar para ver as ideias de centralização e soberania em ação está na ideia Hobbesiano-Austiniana do direito como um comando emanado de uma forma de poder social que tem os atributos de centralização e soberania<sup>113</sup>. Em meados do século XIX, Austin escreveu que “[a] questão de jurisprudência é lei positiva: lei, simples e estritamente chamada assim; ou lei estabelecida pelos superiores políticos para os inferiores políticos”<sup>114</sup>. Nesta frase, vemos como uma premissa ontológica se entrelaçou com um projeto epistemológico de uma forma que continua a exercer influência hoje em dia em todas as marcas de “realismo”.

A premissa ontológica em questão é caracterizada pela crença de que, na sociedade, o poder é fundado pela escassez. A escassez gera então uma competição que, nas sociedades nacionais que funcionam bem, é canalizada para uma instituição impessoal - o estado moderno - que então se torna o *locus* cristalizado do poder social, transmutando-se assim em poder político. Como consequência, aqueles que competem pelo poder político estão na verdade competindo por posições no topo da estrutura do Estado. Uma vez ocupadas essas posições, o exercício do poder político pelo Estado equivale às decisões tomadas pelos vencedores na competição pelo poder. No final deste processo está a lei, que é a forma *por excelência* pela qual os estados modernos expressam suas decisões. Epistemologicamente, uma teoria do direito, assim o paradigma afirma, deve preocupar-se com a identificação do *lugar* do poder social e com uma sistematização conceitual de suas decisões (legais).

A contrapartida internacional deste modelo estatal de teoria jurídica e política é encontrada na chamada teoria realista das relações internacionais. De acordo com o realismo das relações internacionais, uma vez que o processo de concentração de poder e vontade em cada estado esteja suficientemente avançado, os estados entram no cenário internacional como

<sup>113</sup> Cf. Hobbes, acima, nota 56.

<sup>114</sup> John Austin, [\*The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence\*](#) 9 (Isaiah Berlin et al. eds., Noonday Press 1954) (1832).

agentes de utilidade (em particular poder e sobrevivência) maximizando agentes cujas intenções permanecem opacas aos outros estados, gerando assim um cenário Hobbesiano de incerteza de segurança cuja resposta é uma espiral sempre crescente de medidas de segurança e contramedidas vestidas de poder bruto, retórica suave, negociação instrumental, e elaboração legal e institucional quando estrategicamente sólida<sup>115</sup>.

Os problemas com as premissas ontológicas e o corolário epistemológico baseado no realismo do estado são bem conhecidos e não vou expandir sobre eles aqui, a não ser para mencionar brevemente apenas três deles. Primeiro, o poder é tanto escasso quanto abundante. É escasso quando se baseia em instrumentalidades finitas, posições especiais de autoridade, ou jurisdição delimitada. Mas há instanciamentos de poder que são abundantes, onipresentes e capilares em seu alcance, para o bem e para o mal<sup>116</sup>. Em segundo lugar, o fenômeno da formação da vontade política e da tomada de decisões em sociedades complexas é tal que não se pode dizer que a vontade e as decisões dos que estão oficialmente no poder são realmente o que se torna, em última instância, postulado como lei ou como comportamento internacional. A dinâmica das sociedades contemporâneas nacionais e internacionais é tal que mesmo a afirmação muito mais moderada de que o que o Estado apresenta é filtrado pela vontade dos que estão no poder parece problemática. Em terceiro lugar, a atividade regulatória doméstica e internacional é quase centralizada. Ela é descentralizada em dois sentidos distintos, mas complementares: as instituições políticas responsáveis pela regulamentação são numerosas, relativamente independentes umas das outras, e quase não completamente ou de forma alguma doméstica; e uma parte crescente da regulamentação social é realizada por atores privados, semiprivados e transnacionais não estatais. Mais uma vez, para o bem e para o mal.

Os compromissos ontológicos dos modelos de direito e política baseados no Estado também podem ser desafiados por sua dependência de um *local* de poder que é soberano, tanto interna quanto externamente. Internamente, o exercício do poder político tem sido consistentemente pulverizado a partir das comissões próximas para os mercados e as

---

<sup>115</sup> Veja o trabalho seminal de Kenneth Waltz [Theory of International Politics](#) (Nova Iorque: Random House, 1979).

<sup>116</sup> Ver a crítica de Michel Foucault sobre as limitações das concepções clássicas (jurídicas) de poder e sua análise de outras formas e meios de poder em Michel Foucault, [The History Of Sexuality](#), Vol. 1: An Introduction (Vintage Books ed., 1990).

organizações não governamentais. Externamente, a combinação de todos os processos de globalização em curso torna as concepções vestefalianas e bodinianas<sup>117</sup> de soberania irremediavelmente inadequadas. De fato, qualquer reivindicação absoluta de afirmar soberania absoluta e insularidade no atual contexto internacional é tanto prescritivamente ingênua quanto descritivamente errada.

O destino das premissas ontológicas dos modelos de direito e política estatais não parece mais promissor quando os outros dois componentes da ontologia entram em questão. Nem um consenso cultural suficientemente amplo (ou uma hegemonia cultural funcionalmente equivalente) nem a disponibilidade de meios de aplicação suficientemente eficazes estão disponíveis de forma direta. Nas circunstâncias mais favoráveis, o espesso consenso cultural foi substituído há muito tempo por uma combinação de finos metaconsensos sobre procedimentos e princípios procedimentais sobre como regular diferenças culturais espessas e consenso pontuado como aquele existente contra a atrocidade da crueldade em grandes escalas. Esta situação só é mais profunda nas sociedades que emergem das atrocidades que impactam na coesão social e na reprodução social. Em relação aos mecanismos de aplicação centralizada, o pressuposto de que eles serão obtidos é equivocado mesmo em circunstâncias normais, e muito mais no contexto da justiça transicional<sup>118</sup>.

Em circunstâncias normais, e para acrescentar apenas um elemento de complexidade à equação aqui, é digno de nota que a sociologia jurídica tem demonstrado exaustivamente, em muitos domínios jurídicos, que a coerção centralizada ou o potencial para tal coerção na verdade tem apenas um impacto marginal no esforço para conter a anomia. Em geral, a obediência à lei, amplamente definida, não vem da ameaça da aplicação obrigatória, mas sim de fatores ideacionais que têm influência sobre a noção e a prática da obrigação legal e política. É o condicionamento e a compreensão dos agentes sociais de sua identidade, de seus papéis sobrepostos na sociedade, de seu interesse e da identidade e bem-estar da sociedade em geral

<sup>117</sup> Cf. Jean Bodin, [On Sovereignty](#) 3 (Julian H. Franklin ed. & trans., 1992).

<sup>118</sup> Para oferecer apenas um contraexemplo à confiança explícita e implícita dos realistas das relações internacionais na capacidade dos Estados de impor a vontade soberana domesticamente, considere as corporações transnacionais de carona livre e as corporações nacionais poderosas que desfrutam diante dos mecanismos de imposição dos Estados, mesmo quando os danos sociais causados por essas entidades corporativas são devastadores para nações inteiras (mesmo as mais poderosas) e para o globo.



que impulsionam a obediência<sup>119</sup>. A coerção-obsessão que caracteriza grande parte dos modelos estatais de discurso jurídico e político pode em boa parte ser explicada pela sensibilidade positivista que incessantemente busca - no direito, na política, na ciência, na filosofia - um elemento capaz de traçar uma linha clara de separação entre o ser o dever-ser, fatos empiricamente testáveis e fatores mentais. Não há nenhuma razão para que uma fronteira tão clara seja desejada ou pensada como possível.

Em conclusão, qualquer teoria jurídica e política construída sobre uma ontologia baseada na centralização, soberania, consenso cultural abrangente (ou hegemonia de uma elite culturalmente coesa), e mecanismos de aplicação física está fadada a falhar, particularmente em ambientes de justiça transicional. A promessa de uma abordagem construtivista dos problemas do direito penal internacional na justiça transicional vem exatamente do fato de que ela dispensa todos os quatro compromissos ontológicos da jurisprudência e da política tradicional baseada no Estado. É para visões construtivistas do direito penal internacional e da política que eu agora me volto.

#### *B. Direito Penal Internacional Construtivismo*

A partir de uma perspectiva construtivista, como aparece o direito penal internacional e a política? O pensamento jurídico e político, ao abordar os fenômenos a partir desta perspectiva, é mais capaz de superar as limitações causais, ontológicas, epistemológicas e morais dos modelos de direito e política baseados no Estado? Será que isso é importante para a justiça transicional?

Como teoria descritiva da realidade, o construtivismo oferece um bom ponto de partida para uma teoria unificada do direito e da política criminal internacional. Esta seção começa com os postulados gerais do construtivismo na teoria das relações internacionais e depois passa a uma explicação construtivista do lugar e do papel do direito penal internacional nas transições para o *político*.

O postulado mais básico do construtivismo das relações internacionais, como

---

<sup>119</sup> Voltarei à força causal dos fatores ideacionais ao discutir o construtivismo jurídico e político, abaixo.

formulado por John Ruggie, é que “o construtivismo social repousa sobre uma dimensão irreduzivelmente intersubjetiva da ação humana”<sup>120</sup>. O contexto contra o qual este postulado deve ser avaliado é o das teorias sociais modernas. Estas teorias têm se contestado nos últimos trezentos anos a partir de duas pontas do espectro da causalidade social e da ontologia.

Uma ponta afirma a preeminência causal e ontológica da estrutura social sobre a agência individual<sup>121</sup>. Esta visão repousa em duas suposições básicas: primeiro, que a agência é limitada, e em alguns casos até determinada, por seu contexto estrutural; e, segundo, que o contexto estrutural de ação é o resultado de processos evolutivos naturais e/ou históricos que em grande parte estão além do alcance da ação humana visando a transformação estrutural. Teorias sociais deste tipo insistem em uma divisão ontológica final e rígida entre agência e estrutura. Epistemologicamente, no entanto, a causalidade social no nível micro de agência pode ser totalmente explicada por um apelo aos agentes estruturais que habitam.

No extremo oposto estão as teorias sociais que afirmam a preeminência causal e ontológica da agência sobre a estrutura<sup>122</sup>. A suposição básica aqui também é dupla: primeiro, diz-se que as características estruturais do mundo social não são mais do que o resultado agregado, congregado da agência individual automotivada ao longo do tempo; segundo, e relacionado, o comportamento individual pode ser explicado por uma combinação de raciocínio instrumental e hierarquias de preferências que são autodeterminadas por cada indivíduo. Agora é a agência que está suficientemente além do alcance causal das estruturas sociais, que são então explicadas como o ponto mais denso de uma rede complexa de atos individuais em conflito, competição, cooperação ou sobreposição uns com os outros. Como resultado, as estruturas são epistemologicamente explicáveis como o resultado do encontro de uma multidão de atos individuais isolados.

O que as teorias sociais nas duas extremidades do espectro causal e ontológico têm em comum é a centralidade do “subjetivo” na explicação social. A ação social é o nome do jogo e

---

<sup>120</sup> John Gerard Ruggie, *What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge*, 52 *Int'l Org.* 855, 856 (1998).

<sup>121</sup> Marx, *Capital*, supra note 68; Weber, supra note 65; Durkheim, supra note 66; Alexander Wendt, [Social Theory of International Politics](#) (Press Syndicate of the Univ. of Cambridge ed., 2003)

<sup>122</sup> Cf. Mill, acima, nota 19.

o que as pessoas pensam e fazem é o resultado de um processo solipsista ou uma consequência de contextos estruturais. Qualquer contato intersubjetivo tem que tomar uma de duas formas muito limitadas: ou é mediado por estruturas que pré-estabelecem o roteiro da interação ou é meramente a consideração dos indivíduos em seu raciocínio instrumental do raciocínio instrumental dos outros, na medida em que o último é relevante para os objetivos estratégicos do primeiro.

O construtivismo social, em geral<sup>123</sup>, e na teoria das relações internacionais em particular - afirma, em contraste, a natureza “intersubjetiva” do mundo social. Ao fazer isso, o construtivismo ignora a divisão causal e ontológica e suas consequências epistemológicas entre a estrutura e as tradições da teoria social orientada para a agência. O construtivismo avança a tese explicativa de que as estruturas sociais e as identidades e preferências individuais são uma função da interação e significação da construção entre agentes sociais relevantes. De forma dialética e irreduzível, estrutura social, agência e significado compartilhado são mutuamente causais. A ontologia social e a cognição que resultam deste sistema de causalidade recíproca e irreduzível é assim formada de forma intersubjetiva. Uma consequência desta viragem para a intersubjetividade vem na forma de um requisito epistemológico que as teorias sociais devem cumprir para que possam desempenhar adequadamente suas tarefas explicativas, ou seja, que seus esforços explicativos devem considerar a natureza intersubjetivamente construída da realidade social. O construtivismo das relações internacionais é como uma tentativa de atender a essa exigência epistemológica, e muito pode ser ganho com isso para uma compreensão mais rica do lugar e do papel do direito penal internacional.

Muitos, incluindo Ruggie, traçam o postulado básico do construtivismo ao repúdio de Durkheim tanto pela metafísica quanto pelo agente-instrumentalismo ou utilitarismo nas explicações das ciências sociais e à preocupação de Weber com a metodologia apropriada para lidar com a questão do significado<sup>124</sup>. Durkheim postula que a moral, como fenômeno de consciência coletiva, desempenha um papel central na causalidade social; e em Weber

---

<sup>123</sup> Veja Emile Durkheim, *The Elementary Forms of Religious Life* (Karen E. Fields trans., 1995); Peter L. Berger & Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in The Sociology of Knowledge* (Anchor Books ed. 1967) (1966).

<sup>124</sup> Cf. Ruggie, acima, nota 120, em 856.

encontramos uma metodologia interpretativa sofisticada - *Verstehen* - para o estudo da intencionalidade e do significado compartilhado na sociedade<sup>125</sup>. Na política internacional, o utilitarismo e o desinteresse pelas origens do significado compartilhado encontram sua morada teórica na teoria realista.

O realismo das relações internacionais explica o comportamento dos atores internacionais por referência a seu julgamento instrumental sobre a melhor forma de fazer avançar as preferências dos atores no contexto. Além disso, o realismo argumenta que as preferências dos atores internacionais são ditas relacionadas com suas identidades. Mas as identidades e interesses ou preferências são considerados “exógenos” ao sistema de relações internacionais e, portanto, não precisam ser contabilizados na teoria. Quando atores internacionais como os Estados-nação se encontram na arena internacional, eles vêm com uma identidade firmemente estabelecida e uma hierarquia de preferências. O sistema internacional não tem, concluem os realistas, nenhum papel importante na definição ou transformação dessas identidades e preferências<sup>126</sup>.

Em reação, o construtivismo afirma que as identidades e preferências dos atores internacionais são formadas ou influenciadas nas interações entre indivíduos, instituições, estados, culturas, etc. Em suma, as identidades e preferências são construídas no próprio processo de socialização internacional. De acordo com esta visão, as explicações das restrições estruturais e das identidades e preferências dos atores não podem ser feitas a priori de forma adequada à própria interação social em razão da qual as restrições, identidades e preferências se tornam relevantes e significativas.

A fim de explicar as restrições, assim como os processos de formação de identidade e preferências, o construtivismo se concentra na ideia de regras constitutivas<sup>127</sup>. Constitutivas

---

<sup>125</sup> O utilitarismo é melhor entendido como uma perspectiva moral que avalia a conduta e os estados de coisas a partir de suas consequências. John Ruggie, *op. cit.*, p. 1. 857-861, usa o termo para se referir a qualquer teoria que veja os agentes sociais como agindo com base em um tipo de racionalidade comum ao processo de acesso à utilidade, ou seja, racionalidade instrumental.

<sup>126</sup> Ver mais uma vez Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, *op. cit.*, nota 115.

<sup>127</sup> “As regras constitutivas definem o conjunto de práticas que compõem uma classe particular de atividade social conscientemente organizada - ou seja, especificam o que conta como essa atividade.” Ruggie, *op. cit.*, 871. Ronald Dworkin faz um ponto semelhante em relação aos sistemas jurídicos domésticos em seu *Law's Empire*. Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986).

são aquelas regras que criam a possibilidade de dar a certos atos ou situações um significado que de outra forma lhes faltaria<sup>128</sup>. As regras constitutivas operam estabelecendo estruturas de significado e alocando papéis em um script ou estrutura. Uma vez em vigor, essas estruturas e papéis nos permitem ver e descrever formas de interação que de outra forma seriam invisíveis ou ininteligíveis. Tomemos como exemplo a União Europeia: sem os tratados que criaram a União, todas as interações em nível de agência, institucional e cultural que ocorrem atualmente na Europa seriam impossíveis, sem sentido ou ininteligíveis sob o ponto de vista da Europa como um conjunto de Estados soberanos engajados em relações internacionais “realistas”<sup>129</sup>. Como afirma Joseph Raz, “as descrições dos atos normativos são aquelas das quais uma explicação completa deve incluir a referência a uma regra”<sup>130</sup>. Não haveria uma descrição completa da União Europeia como uma realidade com uma forte, se contestada, atração aspiracional sem referência a suas normas e regras constitutivas.

Assim, na medida em que a política internacional é irreduzivelmente intersubjetiva, tal como é colocada por um relato construtivista das relações internacionais, as regras constitutivas são da essência para a construção social da realidade global<sup>131</sup>. Mas de onde emergem as regras constitutivas? Lembre-se aqui que a intersubjetividade que o construtivismo social vê no

---

<sup>128</sup> Com esta definição evito a falha da definição de Searle, da qual Ruggie se apropria. Para uma crítica da concepção de Searle sobre regras constitutivas que podem ser aplicadas tanto à ideia seminal de Rawls quanto ao uso de Searle por Ruggie, veja Joseph Raz, [The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System](#) (Oxford: Oxford University Press, 1970), 108-111.

<sup>129</sup> Mireille Delmas-Marty, [Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism](#) 61 (Naomi Norberg trans., 2002) (discutindo a ideia constitutiva da União Europeia). O importante é que, sem regras constitutivas, nenhum projeto normativo de mudança social e institucional é inteligível. Para um projeto sofisticado que opera no nível das instituições a fim de moldar as próprias regras e práticas constitutivas, ver Vlad Perju, Reason and Authority in the European Court of Justice, 49 *Va. J. Int'l L.* 307 (2009).

<sup>130</sup> Joseph Raz, acima, nota 61, em 110.

<sup>131</sup> Analisando a constitucionalização progressiva das organizações internacionais, Philip Allott expressou uma concepção de constitucionalismo que fornece uma boa ilustração do meu ponto de vista. “O constitucionalismo é uma teoria, ou seja, uma ordenação mental da realidade dentro da qual uma sociedade particular se constitui. É uma teoria explicativa e justificativa da autoconstituição de uma sociedade. A característica que define o constitucionalismo como teoria é que a sociedade faz uma ideia de sua própria autoconstituição em um ideal de sua autoconstituição, e incorpora esse ideal na teoria de sua autoconstituição. A ideia é projetada a partir do real para formar um ideal e, como um ideal, é reintroduzida no real. Para uma sociedade que adota o constitucionalismo como teoria, o constitucionalismo permite e exige que a sociedade organize e dirija sua própria autoconstituição de acordo com sua ideia transcendental de si mesma.” (Philip Allott, *Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism*, in [The Legitimacy of International Organizations](#) 69, 70 (Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen eds., 2001).

mundo é a da ação humana. E a ação humana é, por definição, normalmente realizada como ação intencional. Portanto, as regras constitutivas emergem e são apoiadas por uma intencionalidade coletiva. Neste sentido, as regras constitutivas têm, além de sua função constitutiva, uma função deôntica, criando novos direitos e responsabilidades<sup>132</sup> que refletem, por sua vez, como os atores internacionais se veem a si mesmos. É exatamente assim que fatores ideacionais entram no sistema de causalidade social e influenciam não apenas o que é a realidade social, mas também como ela deve ser interpretada e compreendida pelos agentes sociais. Como resultado, não há uma realidade mais elevada ou mais firme, como os advogados naturais e positivistas anseiam, além daquela construída pela intencionalidade coletiva. A fluidez, por assim dizer, que a realidade social parece ter de acordo com a teoria construtivista é compensada pela compreensão libertadora de que o mundo é nosso para fazer e refazer<sup>133</sup> com os poderes e limites de nossas próprias imaginações instrumentais e morais. De acordo com esta visão, a relação entre agência e estrutura incorpora tanto a restrição quanto a oportunidade, o que, por sua vez, reflete a ponte construtivista da divisão ontológica entre teorias sociais orientadas para a estrutura e teorias sociais orientadas para a agência<sup>134</sup>.

Mas como uma sociedade construída coletivamente se expressa de forma normativa? Como é lançado um projeto normativo compartilhado sobre a realidade social global, como uma concha moral, para o futuro global? Duas formas complementares de expressão normativa predominam: as normas sociais e o direito institucional. Normas são padrões de comportamento esperados coletivamente de uma classe de atores em um domínio de circunstâncias<sup>135</sup>. Como expectativas coletivas, as normas são melhor explicadas como crenças compartilhadas sobre o que seria apropriado para os atores fazerem e esperarem de outros

---

<sup>132</sup> Cf. Ruggie, acima, nota 120, em 871.

<sup>133</sup> Isto é bem capturado por Anne-Marie Slaughter quando ela escreve que: “Os construtivistas são assim denominados, ou melhor se autodenominam, por causa de sua ênfase na forma como os interesses e identidades são interpretados, ou seja, como realidades que não são estáticas ou dadas. As identidades e interesses construídos, por sua vez, são contingentes - sobre ideias, cultura, normas, direito - uma série de fatores que os humanos, incluindo estudiosos, ativistas, líderes, podem influenciar.” (Anne-Marie Slaughter, *International Law and International Relations Theory: Millennial Lectures* 23 (Academy of Int'l Law ed., 2000).

<sup>134</sup> Cf. Wendt, acima, nota 121, em 184.

<sup>135</sup> “There is general agreement on the definition of a norm as a standard of appropriate behavior for actors with a given identity...” Martha Finnemore & Kathryn Sikkink, *International Norm Dynamics and Political Change*, 52 *Int'l Org.* 887, 891 (1998).

atores<sup>136</sup>. Em termos construtivistas, a distinção da lei em relação às normas sociais é encontrada em sua institucionalização, um processo ao mesmo tempo de especificação relativa de conteúdo e de generalização da jurisdição<sup>137</sup>. Importante salientar neste ponto é que a diferença entre normas sociais e direito institucional é de grau de precisão, generalidade e institucionalização, e não de espécie. Ambas emanam da mesma fonte: a intencionalidade coletiva de uma sociedade que, ao longo do tempo, se constrói e estabelece padrões e expectativas de conduta para seus membros e para aqueles que entram em contato com ela.

A explicação construtivista da lei e das normas não as torna boas nem imutáveis<sup>138</sup>. O construtivismo é responsável pelo fenômeno das normas e leis internacionais como o produto de uma intencionalidade coletiva que, através de regras constitutivas, criou a plataforma institucional e a estrutura de significado dentro da qual os atores internacionais se relacionam entre si e as culturas se relacionam. Normas, leis e valores e significados compartilhados fornecem ainda mais o material discursivo que os atores utilizam em sua construção intersubjetiva da sociedade internacional<sup>139</sup>. É importante ressaltar que, ao se envolverem em relações internacionais ou em condutas que atraiam o respeito internacional, os atores individuais e coletivos potencialmente abrem suas identidades para a reforma.

Comecei a seção anterior apontando para quatro aspectos da causalidade e ontologia dos modelos estatais de pensamento jurídico e político, ou seja, que a lei (i) é o produto de um poder centralizado, (ii) soberano que (iii) depende de um consenso cultural suficientemente

---

<sup>136</sup> Ver Wendt, acima, nota 121, em 185.

<sup>137</sup> Cf. Roberto Mangabeira Unger, [Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory](#) (Free Press 1976) (discute a natureza e a emergência do direito moderno).

<sup>138</sup> Mais uma vez, Ruggie articula bem as limitações e possibilidades representadas por um sistema normativo visto através das lentes do construtivismo quando afirma que: “Fazer história’ na nova era é uma questão não apenas de defender o interesse nacional, mas de defini-lo, nem meramente de decretar preferências estáveis, mas de construí-las. Estes processos são limitados por forças no mundo dos objetos, e a racionalidade instrumental está sempre presente. Mas eles também implicam profundamente em fatores ideológicos como identidades e aspirações, assim como líderes que procuram persuadir seus públicos e uns aos outros através de discursos fundamentados enquanto aprendem, ou não, por tentativa e erro. Como resultado, nada deixa mais claro do que a questão da agência em tempos como o nosso, porque a abordagem construtivista precisa ser parte das ferramentas teóricas do campo das relações internacionais.” (Ruggie, acima, nota 120, em 878).

<sup>139</sup> Cf. Martti Koskeniemi, *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law*, 18 *Oikeustiede Jurisprudencia* 117-63 (1985); Martti Koskeniemi, [From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument](#) (Cambridge Univ. Press ed., 2005) (1989); David Kennedy, *International Legal Structures* (1987); Philip Allott, [Eunomia: New Order for a New World](#) (1990).

grande ou de uma hegemonia cultural funcionalmente equivalente expressa como uma nação que (iv) conta com meios materiais suficientemente eficazes de aplicação. Esta ontologia e sua epistemologia auxiliar se esgotam no contexto das sociedades globais e domésticas. Sua tração explicativa é ainda menor nas sociedades que emergem das atrocidades. Na medida em que o direito penal internacional é melhor compreendido como parte das regras constitutivas de uma sociedade global emergente socialmente construída, como uma prática discursiva com um foco institucional atual no Tribunal Penal Internacional, a teoria do direito penal internacional é capaz de deixar de lado os compromissos ontológicos acima, especialmente os de soberania, consenso vinculado por fronteiras e mecanismos materiais ou físicos de aplicação da lei.

É claro que o construtivismo do direito internacional não implica em desconsideração pelo papel dos fatores materiais, racionalidade instrumental, poder e afins na sociedade global. Pelo contrário, a epistemologia legal construtivista é capaz de captar mais e não menos da realidade. O construtivismo é apenas uma teoria melhor da sociedade para olhar para esses fatores: sua origem, sua dependência de alguns tipos de identidade, seu peso no julgamento contextual dos atores, e assim por diante. O construtivismo revela que uma grande parte da coesão social e da reprodução cultural das sociedades globais e domésticas é o trabalho do uso de “regras regulatórias” utilitárias que visam objetivos específicos<sup>140</sup>. Ele faz um trabalho muito melhor, porém, de explicar os objetivos e as estratégias correspondentes adotadas para alcançá-los como o produto de um conjunto de percepções, identidades e preferências que são construídas socialmente e, portanto, transformáveis em princípio. Compreender bem o processo de construção e desestruturação do mundo social nos permite começar a fazer justiça às complexidades ontológicas e causais mais ricas do mundo. Ela faz justiça também à nossa imaginação moral, articulando-se deste modo na transformação final tanto da agência quanto das estruturas.

Livrando-se de premissas ontológicas insustentáveis e seus corolários epistemológicos, a análise da justiça criminal internacional revela que ela é capaz de ser altamente responsiva a situações de justiça transitória. Ao invés de retirar pontos para barganha da mesa de

---

<sup>140</sup> SLAUGHTER, acima, nota 133, em 26 (“There is nothing wrong with ‘rules as tools’; instrumental rationality celebrates the human capacity to escape the constraints of structure and the weight of collective expectations.”).



negociações em um dilema entre paz ou justiça, o direito penal internacional faz parte de uma arquitetura de regras constitutivas globais destinadas a permitir que os perpetradores, vítimas e cidadãos em geral reformulem suas próprias identidades e preferências, e a natureza de suas sociedades à medida que avançam para fundar a *política*.

Uma importante retirada normativa de uma melhor compreensão do direito penal e da política internacional é que o direito penal internacional deve ser tecido no próprio tecido da justiça transicional, enquanto a justiça transicional aspira a ser uma transição para a *política*<sup>141</sup>. Quando conseguem a transição para o *político*, as sociedades que emergem da atrocidade contribuem de volta para a estrutura de um consenso global plural que rejeita a crueldade e deposita cada vez mais confiança no direito penal internacional como parte de uma estrutura normativa constitutiva que ajudará os atores individuais e coletivos a rejeitar a atrocidade como parte de suas identidades e das identidades das sociedades que eles criam e habitam.

## V. A JUSTIÇA TRANSICIONAL COMO TRANSIÇÃO PARA A POLÍTICA

Os indivíduos e as sociedades estão permanentemente presos entre passado e futuro, medo e esperança, lembrança e aspiração, história e utopia. Enquanto a orientação para o passado é central para o senso de autoidentidade de uma pessoa ao longo do tempo, bem como para a coesão e reprodução cultural da sociedade, uma orientação para o futuro é, em última instância, a mais importante tanto para os indivíduos quanto para as sociedades. Uma experiência comum para os indivíduos e para as sociedades que eles habitam é a perda do sentido das coisas na proporção em que a atração do futuro é superada pelo peso do passado. Para o bem ou para o mal, a nossa dependência do futuro para significado e vitalidade é parte da condição humana. De fato, indivíduos que são incapazes de tecer a imaginação de seu futuro pessoal em suas escolhas e ações no presente parecem estar perdendo algo essencial para viver

---

<sup>141</sup> David Luban, acima, nota 39 (oferece mais uma vez uma riqueza de insights sobre a conexão entre a criminalização da atrocidade e a proteção da política). Cf. também Laplante, acima, nota 112 (apresenta argumento convincente sobre como pensar bem sobre anistias, combinando estreitamente direitos humanos e direito penal internacional mais estreitamente).

bem. Da mesma forma, as sociedades que não conseguem abrir espaço em sua cultura e instituições atuais para visões construtivas de seu futuro estão flertando perigosamente com a violência e a destruição. As sociedades que conseguem tornar seu futuro central para sua cultura e instituições atuais de uma forma deliberativa e igualmente aberta a todos, criaram a esfera política, ou o *político*.

Argumentei neste ensaio que o trabalho sociológico do *político* é o da coesão social e da autopreservação política ao longo do tempo. Existencial e moralmente, tanto para a política como para cada um de seus membros, a tarefa do *político*, pelo menos enquanto vivermos em pluralidade e proximidade, é a de autogoverno e esperança. Para que a justiça transicional seja realmente uma transição sob justiça para um futuro duradouro de paz, (re)conciliação e solidariedade que rejeite atrocidades na vida da política, ela deve ser uma transição para o *político*.

Referências

- Adam Smith, [The Theory Of Moral Sentiments](#), Penguin Classics, 2009.
- Adriaan Lanni, Transitional Justice in Ancient Athens: A Case Study, 32 U. PA. J. INT'L L. 551, 551-52, 2011. <https://dash.harvard.edu/handle/1/11222671>
- Alan W. Norrie, Law, [Ideology And Punishment: Retrieval And Critique Of The Liberal Ideal Of Criminal Justice](#), 1991.
- Alasdair Macintyre, [Whose Justice? Which Rationality?](#), University of Notre Dame Press; 1st edition (March 31, 1988).
- Alexander Wendt, [Social Theory Of International Politics](#), Press Syndicate of the Univ. of Cambridge ed., 2003.
- Alice Ristroph, Respect and Resistance in Punishment Theory, 97, Calif. L. Rev. 601, 2009.
- Anne-Marie Slaughter, International Law and International Relations Theory: Millennial Lectures 23, Academy of Int'l Law ed., 2000.
- Aristotle, [Nicomachean Ethics](#), Roger Crisp ed., trans., Cambridge Univ. Press, 2000.
- Austin Sarat (ed.), [Transitions: Legal Change, Legal Meanings](#). Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2012.
- Austin Sarat, [Mercy On Trial: What It Means To Stop An Execution](#), Princeton University Press, 2009.
- C. Wright Mills, [The Sociological Imagination](#), Oxford University Press, 2000.
- Carl Schmitt, [The Concept of the Political](#). Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
- Christine M. Korsgaard, [Creating The Kingdom Of Ends](#), Cambridge University Press, 1996.
- Christopher K. Lamont, Dealing with the Past to Repair the Present: Why Transitional Justice Matters in Asia, Asia Peacebuilding Initiatives (Jan. 16, 2014), <http://peacebuilding.asia/dealing-with-the-past-to-repair-the-present-why-transitional-justicematters-in-asia/>
- Claudia Card, On Mercy, Phil. Rev., 81, 182, 1972.
- Claudia Card, [The Atrocity Paradigm: A Theory of Evil](#). New York: Oxford University Press, 2002.

- Dan Markel, *Against Mercy*, 88 *Minn. L. Rev.* 1421, 2004.
- Dana R. Villa. [Socratic Citizenship](#). Princeton: Princeton University Press, 2001.
- David Gray, *Transitional Disclosures: What Transitional Justice Reveals About “Law”* in Austin Sarat (ed.), [Transitions: Legal Change, Legal Meanings](#). Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2012.
- David Hume, [A Treatise of Human Nature](#), L. A. Selby-Bigge & P. H. Niditch eds., 2d ed. 1978.
- David Kennedy, *International Legal Structures*, 1987.
- David Luban, *A Theory of Crimes Against Humanity*, 29 *Yale J. Int’l L.* 85, 2004.
- Douglass C. North Et Al., [Violence And Social Orders: A Conceptual Framework For Interpreting Recorded Human History](#), Cambridge University Press, 2009.
- Elizabeth B. Ludwin King, *Amnesties in a Time of Transition*, 41 *Geo. Wash. Int’l L. Rev.* 577, 2010.
- Emile Durkheim, [The Division of Labor in Society](#), George Simpson trans., Free Press 1933.
- Emile Durkheim, [The Elementary Forms of Religious Life](#), Karen E. Fields trans., 1995.
- Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Transitional Justice as Ordinary Justice* 10, *Univ. of Chi., Pub. Law & Legal Theory Working Paper No. 40*, 2003.
- Ernst Bloch, [The principle of hope](#). Neville Plaice et al. trans., 3d, paperback ed., The MIT Press 1996.
- Friedrich Nietzsche, [The Pre-Platonic Philosophers](#), Greg Whitlock trans., Univ. of Ill. Press, 1st paperback ed., 2006.
- G. W. F. Hegel, [Elements of The Philosophy of Right](#), Allen W. Wood ed., H.B. Nisbet trans., Cambridge Univ. Press 1991.
- Guilhermo O’Donnell & Philippe C. Schmitter, [Transitions from Authoritarian Rule: tentative conclusions about uncertain democracies](#). Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986.
- Hannah Arendt, [The Human Condition](#). Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- Henri Lefebvre, [Critique of everyday life](#). John Moore trans., 2d ed. 2008.
- Henri Lefebvre, [The Production of Space](#). Londres: Wiley-Blackwell, 1992.

Immanuel Kant, [Critique of Practical Reason](#), Mary Gregor ed., trans., Cambridge Univ. Press 1997.

Immanuel Kant, [Critique of the Power of Judgment](#), Paul Guyer Ed., Paul Guyer & Eric Matthews Trans., Paperback Ed., 2001.

Hannah Arendt, [Lectures On Kant's Political Philosophy](#), (Ronald Beiner ed., 1982.

Immanuel Kant, [Groundwork of The Metaphysics of Morals](#), Jens Timmermann rev. ed., Mary Gregor trans., 2011

International Center For Transitional Justice. What Is Transitional Justice?, <http://ictj.org/about/transitional-justice>

Ivan Simonovic, Attitudes and Types of Reaction Toward Past War Crimes and Human Rights Abuses, *Yale Journal of International Law* 343, 2004.

J. David Velleman, [Practical Reflection](#). Princeton: Princeton University Press, 1989.

Jacques Derrida, Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”, in Cornell et alii. [Deconstruction and the possibilities of justice](#), Routledge, 1992.

James Boyd White, [Living Speech: Resisting the Empire of Force](#). Princeton: Princeton University Press, 2006.

Jean Bodin, [On Sovereignty](#). Julian H. Franklin ed. & trans., 1992.

John Austin, [The Province Of Jurisprudence Determined And The Uses Of The Study Of Jurisprudence](#) 9. Isaiah Berlin et al. eds., Noonday Press 1954.

John Elster, [Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective](#). Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

John Finnis, [Natural Law and Natural Rights](#), Oxford University Press, 2011.

John Gerard Ruggie, What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge, 52, INT’L ORG. 855, 856, 1998.

John Rawls, [A Theory of Justice](#), Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1999.

John Rawls, [Political Liberalism](#). Nova York: Columbia Univ. Press, 1996.

John Searle, [The Construction of Social Reality](#), 1995.

John Stuart Mill, [Essays on Economics and Society \(1824-1845\)](#), Reprinted In 4 Collected Works Of John Stuart Mill (J.M. Robson ed., paperback ed., 2006).

John Stuart Mill, [On Liberty](#), 2002.

Joseph Raz, [Practical Reason and Norms](#). Oxford Univ. Press 1999.

Joseph Raz, [The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system](#), 1970.

Jürgen Habermas, [The Structural Transformation of the Public Sphere](#). Cambridge: The MIT Press, 1991

Karl Marx, 'On the Jewish Question,' in [Early Political Writings](#), Joseph O'Malley ed. & trans., 1994.

Karl Marx, [Capital: A Critique of Political Economy](#), Ben Fowkes trans., Vintage Books 1977.

Kathryn Stoner & Michel McFaul (eds.), [Transitions to Democracy: A Comparative Perspective](#). Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2013.

Kenneth Waltz, [Theory of International Politics](#). Nova Iorque: Random House, 1979.

Linda Ross Meyer, [The Justice of Mercy](#), University of Michigan Press, 2010.

Lisa J. Laplante, Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes, 49 Va. J. Int'l L. 915, 2009.

Louis E. Wolcher, Senseless Kindness: The Politics of Cost-Benefit Analysis, 25, Law & Ineq. 147, 148-49, 2007.

Marissa Wong, Has Genocide Jurisprudence Ended Impunity? Transitional Justice and the Case of Rwanda, E-Int'l Relations Students (Aug. 22, 2013), <http://www.e-ir.info/2013/08/22/has-genocide-jurisprudence-ended-impunity-transitionaljustice-and-the-case-of-rwanda/>

Martha C. Nussbaum, Equity and Mercy, 22 Phil. & Pub. Affairs, 83, 1993.

Martha Finnemore & Kathryn Sikkink, International Norm Dynamics and Political Change, 52 INT'L ORG. 887-891, 1998.

Martha Minow, [Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence](#), Boston: Beacon Press, 1998.

Martha Nussbaum, Skepticism About Practical Reason in Literature and the Law, 107 Harv. L. Rev. 714, 1994.

Martti Koskenniemi, [From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument](#),

Cambridge Univ. Press ed., 2005.

Martti Koskenniemi, General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law, 18 Oikeustiede Jurisprudentia 117-63, 1985.

Max Weber, [Economy and Society](#), Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischhoff et al. trans., Univ. of Cal. Press 1978.

Maximo Langer, The Archipelago and the Wheel: Universal Jurisdiction and the International Criminal Court, in [The First Global Prosecutor: Promise and Constraints](#) (Law, Meaning, And Violence), Martha Minow et al. eds., 2014.

Michel Foucault, [Discipline and Punish: the birth of the prison](#). Alan Sheridan trans., Pantheon Books 1977.

Michel Foucault, [The History of Sexuality](#), Vol. 1: An Introduction, Vintage Books ed., 1990.

Mireille Delmas-Marty, [Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism](#), Naomi Norberg trans., 2002.

Nir Eisikovits, Sympathizing with The Enemy: Reconciliation, Transitional Justice, Negotiation 59-133, 2010.

Otto Kirchheimer, [Political Justice: the use of Legal Procedure for Political Ends](#). Westport, CO: Greenwood, 1980.

Paulo Barrozo, Reconstructing Constitutional Punishment, 6 Wash. U. Jur. Rev., 175, 2014.

Paulo Barrozo, The Great Alliance: History, Reason, and Will in Modern Law, 78 Law & Contemp. Probs. 1, 2014.

Paulo D. Barrozo, Punishing Cruelly: Punishment, Cruelty, and Mercy, 2 Crim. L. & Phil. 67, 70, 2008.

Peter L. Berger & Thomas Luckmann, [The Social Construction of Reality: a treatise in the Sociology of Knowledge](#), Anchor Books ed., 1967

Philip Allott, [Eunomia: New Order for a New World](#), 1990.

Philip Allott, Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism, in [The Legitimacy of International Organizations](#), Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen eds., 2001.

Robert Nozick, [The Nature of Rationality](#), Princeton University Press, 1993.

Roberto Mangabeira Unger, [Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory](#), Free Press 1976.

Ross Harrison, *The Equality of Mercy*, in *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Hyman Gross & Ross Harrison eds. 1992.

Ruti G. Teitel, [Transitional Justice](#). New York: Oxford University Press, 2000.

Steven Pinker, [The Better Angels of Our Nature: why violence has declined](#), 2011.

Thomas Hobbes, [Leviathan, The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil](#), Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Thucydides, [History of The Peloponnesian War](#), Richard Crawley trans., E.P. Dutton & Co., 1926

Tricia D. Olsen Et Al., *Transitional Justice*. In: *Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, 131-61, 2010.

Vlad Perju, *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government* 8, *Int'l J. Const. L.*, 326-33, 2010.

Walter Benjamin, *Critique of Violence*, in *Reflections* 277, 277-300, Peter Demetz trans., Schocken Books, 1978.

---

Creative Commons License

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).

Received: 19/05/21

Accepted for publication: 25/05/21

Published: 03/06/21

---