



Jeovet BACA VIRGÍNIA

A realidade simbólica do caso Maktouf e Damyanovic c. Bósnia e Herzegovina: Uma análise do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić

Secção Jurisprudência*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review* / The articles in this section have undergone a blind peer review process.

A realidade simbólica do caso Maktouf e Damyanovic c. Bósnia e Herzegovina: Uma análise do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić

The symbolic reality in the case of Maktouf and Damyanovic v. Bosnia and Herzegovina: An analysis of Judge Paulo Pinto de Albuquerque's opinion with the concurrence of Judge Vučinić

Jeovet BACA VIRGÍNIA¹

RESUMO: O artigo analisa o princípio da irretroatividade da lei penal e a aplicação do conceito de *lex mitior*, com enfoque no voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso *Maktouf and Damjanović v. Bósnia e Herzegovina* (n.º 2312/08 e 34179/08). Destacam-se as implicações jurídicas e morais da retroatividade de penas mais severas, especialmente no contexto de crimes de guerra cometidos durante o conflito da Bósnia. Com fundamento na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque sustenta que a justiça penal deve respeitar a dignidade humana e as normas jurídicas internacionais, mesmo em situações extremas, como os conflitos armados. A argumentação assenta em tratados internacionais, na separação de poderes e no papel dos juízes, não apenas enquanto intérpretes da lei, mas também como agentes de proteção dos direitos fundamentais. Por fim, reflete-se sobre os dilemas morais enfrentados pelos magistrados e a necessidade de equilibrar justiça, humanidade e respeito pelas normas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Irretroatividade da Lei Penal; *Lex Mitior*; Crimes de Guerra; Convenção Europeia dos Direitos Humanos; Retroatividade; Dignidade Humana; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article examines the principle of non-retroactivity of criminal law and the application of the *lex mitior* concept, focusing on Judge Paulo Pinto de Albuquerque's opinion in *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (No. 2312/08 and 34179/08). It highlights the legal and moral implications of applying harsher penalties retroactively, particularly in the context of war crimes committed during the Bosnian conflict. Grounded in the European Convention on Human Rights, Judge Paulo Pinto de Albuquerque argues that criminal justice must uphold human dignity and adhere to international legal standards, even in extreme situations such as armed conflicts. The reasoning is based on international treaties, the separation of powers, and the role of judges not only as interpreters of the law but also as protectors of fundamental rights. Finally, the article reflects on the moral dilemmas faced by

¹ Doutor em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa – Investigador do Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa – Grupo Praxis; Investigação financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia - 2020.05664.BD; Pesquisador do Projeto COSMOPOLITANISM “Justice, Democracy and Citizenship without Borders”; Universidade de Lisboa; Lisboa; Portugal, e-mail: jeovetb@outlook.com.

judges and the need to balance justice, humanity, and respect for legal norms.

KEYWORDS: Non-Retroactivity of Criminal Law; *Lex Mitior*; War Crimes; European Convention on Human Rights; Retroactivity; Human Dignity; European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque tem proporcionado importantes contributos para a compreensão da relevância dos direitos humanos nas sociedades contemporâneas, bem como para a forma como os tribunais podem beneficiar da sua aplicação. A sua experiência enquanto Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), entre 2011 e 2020, revelou uma notável sensibilidade jurídica, expressa nos seus votos, nos quais fundamentou os seus argumentos com profundidade, ao recorrer à história do direito e à sua aplicabilidade prática.

A presente reflexão assenta no voto apresentado pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque², com a adesão do Juiz Vučinić, no caso *Maktouf e Damjanović v. Bósnia e Herzegovina*. Para tal, analiso os seguintes pontos: (1) O problema da discriminação de criminosos pertencentes a etnias minoritárias durante conflitos armados – uma questão de justiça e moralidade na realidade simbólica; (2) A realidade da Bósnia e Herzegovina em tempos de paz – o restabelecimento da justiça; (3) Uma apreciação sobre a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *Maktouf e Damjanović* – justiça para criminosos de guerra em tempos de paz; e (4) Uma reflexão sobre a intervenção do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, com a adesão do Juiz Vučinić – a moralidade nos direitos humanos.

1 - O problema da discriminação de criminosos de etnias minoritárias durante as guerras - Um problema de justiça e moralidade na realidade simbólica

Quando refletimos sobre o problema existencial do ser humano em sociedade, deparamo-nos com diversos aspectos fundamentais, desde a sua definição enquanto tal, ao passar pela conceção aristotélica de *animal racional*, até à reformulação

² Para mais comentários sobre a opinião do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque em relação a outras decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, consulta a presente revista: MARQUESINI CHIAVONE, T. Riscos à Privacidade v. Riscos à Segurança Pública, um Dilema a ser superado na Sociedade de Risco (Digital). Comentários ao voto parcialmente dissidente do Juiz Pinto De Albuquerque no caso Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom. *Revista Jurídica Portucalense*, 2024, pp.1–11. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.jur-01](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.jur-01)

MAIA, C., e MENDEL, R. Comentário do acórdão Correia de Matos c. Portugal do TEDH na perspetiva da discriminação de grupos profissionais. *Revista Jurídica Portucalense*, 2024, pp. 12–24. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.jur-02](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.jur-02)

proposta por Ernst Cassirer³, que introduz a dimensão simbólica neste conceito. Pela forma como interpreta a realidade que o rodeia, o ser humano pode manifestar ideias que, ao transgredirem as normas estabelecidas, colocam em risco a harmonia social e a convivência com os outros.

De acordo com Cassirer⁴, a existência de normas dentro das sociedades apenas se torna possível quando o ser humano é compreendido também como um *animal simbólico*, pois é essa característica que lhe permite integrar diversas dimensões da vida cultural na realidade social. Assim, abre-se um novo caminho para as comunidades: o da civilização. Neste percurso civilizacional, o ser humano adquire um maior controlo sobre as suas ações e distingue-se progressivamente dos outros animais ao edificar a sua existência por meio do símbolo e da razão. A sua capacidade de expressão manifesta-se através de diversas linguagens, entre as quais se insere o Direito, permitindo-lhe construir a sua própria realidade social com base na articulação entre sensibilidade e inteligência. Desse modo, a cultura surge como meio pelo qual o ser humano procura alcançar a liberdade.

Ao transpor a realidade simbólica para o campo do Direito, compreende-se como foram estabelecidas as normas de convivência social e as leis dos diversos Estados, destinadas a punir crimes praticados dentro dessas sociedades civilizadas. Deste modo, resultam as Constituições e os ramos do Direito, como o Direito Civil, Criminal e Penal. Nesse sentido, Cassirer⁵ demonstra que a essência dos símbolos não reside na sua unidade, mas na sua polivalência, pois não são elementos rígidos e intransigentes, mas sim móveis e dinâmicos. Assim, os símbolos possuem significados que transcendem a si próprios e, uma vez criados, expandem-se ilimitadamente no seu campo de atuação, como acontece com os Direitos Humanos e os diversos tratados de Direito Internacional.

Esta transformação foi benéfica para todos os seres humanos que procuravam manter uma certa ordem dentro das sociedades. Se os indivíduos podem interpretar a realidade de diversas formas, também podem obedecer e cumprir determinados princípios estabelecidos coletivamente. No entanto, as normas sociais podem ser violadas, razão pela qual existem diversos mecanismos para sancionar aqueles que

³ CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica: ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Mestre Jou, 1977, p. 51.

⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁵ *Ibidem*, p. 67.

desrespeitam tais obrigações. Neste contexto, no seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (n.º 2312/08 e 34179/08)⁶, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque esclarece que os comportamentos criminosos apenas podem ser efetivamente desencorajados se os cidadãos estiverem conscientes das normas que criminalizam determinadas condutas antes de as praticarem, sobretudo quando estas já são, em si mesmas, socialmente censuradas.

O estabelecimento de normas jurídicas é, portanto, fundamental para o funcionamento das sociedades. Nesse sentido, o artigo 6.º do *Código Civil Português* dispõe que “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”⁷. Esta regra reflete um princípio estruturante das sociedades civilizadas, onde se verifica uma separação efetiva dos poderes legislativo, executivo e judicial, precisamente para evitar qualquer intrusão abusiva do poder do Estado nas liberdades individuais.

A importância deste princípio encontra respaldo no artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que, no seu primeiro ponto, estabelece: “Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida”⁸. Este princípio é reforçado pelo artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, no seu segundo ponto, afirma que “Ninguém será condenado por accções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido”⁹.

As normas jurídicas devem ser aplicadas de forma equitativa a todos os cidadãos, em conformidade com o princípio da igualdade, pelo que nenhum indivíduo se

⁶ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013 [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716>. p. 40.

⁷ CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Atualizado até à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, incorporando Declaração de Retificação 24/2006, de 17 de abril. [S. I.], [s. n.], [2006?] [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>.

⁸ CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS (CEDH). Convenção Europeia dos Direitos do Homem [em linha]. 2010 [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf. p. 10.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. I.]: Centro Regional de Informações das Nações Unidas, [s. d.] [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>.

encontra acima da lei. Esta obrigação estende-se igualmente aos estrangeiros que residam num determinado país, os quais estão sujeitos às mesmas regras vigentes nesse território. Assim, qualquer pessoa que decida viver num país diferente do seu de origem deve estar consciente de que os elementos simbólicos dessa nova realidade, ao incluir a legislação e a cultura, podem diferir significativamente daqueles que regiam o seu contexto de origem. Como tal, o conceito de normalidade na linguagem simbólica pode variar consoante o espaço geográfico e cultural, sendo que as normas válidas são sempre aquelas em vigor dentro de um determinado território.

Assim, durante os conflitos em que um Estado possa estar envolvido, este deve respeitar os tratados previamente estabelecidos e assegurar que estrangeiros e minorias raciais que vivem no seu território não sejam tratados de forma desigual. O julgamento de eventuais crimes cometidos no contexto desses conflitos deve basear-se nas leis vigentes antes do seu início, uma vez que todos os cidadãos, de forma consciente, conhecem os seus direitos, liberdades e as punições previstas para a violação desses princípios.

2 – A análise da realidade da Bósnia e Herzegovina em tempos de guerra e paz - o restabelecimento da justiça

As guerras fazem parte da história da humanidade e, ao longo do tempo, diferentes interpretações da realidade levaram ao desenvolvimento de doutrinas “*jus internacionalistas*” que distinguem entre guerras justas e injustas. Os pensadores como Santo Agostinho, John Locke, Hugo Grócio, Francisco Suárez e Francisco de Vitoria influenciaram significativamente essas conceções.

Independentemente da justificação teórica, todas as guerras representam momentos de horror para a humanidade, resultando em milhões de mortes, violações dos direitos humanos, estupros e mutilações. Os indivíduos envolvidos nesses conflitos devem estar cientes de que os seus atos poderão ser analisados e julgados por tribunais especializados.

Um dos conflitos analisados neste artigo é a Guerra da Bósnia, que ocorreu entre 6 de abril de 1992 e 14 de dezembro de 1995, no contexto da dissolução da antiga Jugoslávia. Com o colapso da União Soviética e o fim do socialismo no Leste Europeu no final da década de 1980, diversos países passaram por processos de transição, alguns pacíficos, outros marcados por intensos conflitos e guerras civis, como foi o caso da Jugoslávia, que enfrentou dois conflitos sangrentos.

Esse antigo território era composto por seis repúblicas: Sérvia, Croácia,

Montenegro, Bósnia-Herzegovina, Eslovénia e Macedónia. A unidade territorial foi mantida sob um regime autoritário socialista liderado por Josip Broz Tito, mas, após a sua morte, emergiram tensões políticas e étnicas que resultaram na fragmentação do Estado jugoslavo.

A desintegração da Jugoslávia iniciou-se em 1991, com as declarações de independência da Eslovénia e da Croácia, e foi acompanhada pelo ressurgimento de tensões étnicas que haviam sido historicamente reprimidas sob o regime de Tito (1945-1980). Como explica Ramet¹⁰, a estrutura federal jugoslava, baseada no equilíbrio entre repúblicas e grupos étnicos, colapsou com o fim do bloco socialista e a ascensão do nacionalismo sérvio sob a liderança de Slobodan Milošević. Na Bósnia-Herzegovina, a declaração de independência em 1992 desencadeou um conflito tripartido entre bósnios muçulmanos (48% da população), sérvios ortodoxos (32,5%) e croatas católicos (17,5%), de acordo com os dados do censo de 1991¹¹.

Com a independência da Bósnia-Herzegovina, o novo governo passou a ser liderado por políticos de origem muçulmana, o que gerou forte resistência por parte da população sérvia ortodoxa, que levou ao início de um conflito armado para contestar essa governação. A guerra intensificou-se com a intervenção da Sérvia, que procurava anexar territórios bósnios. No entanto, as motivações subjacentes ao conflito iam além das disputas territoriais, envolviam também fatores étnicos, religiosos (muçulmanos, ortodoxos e católicos), sociais, económicos e de segurança, exacerbados pela completa desintegração da Jugoslávia.

Durante esse conflito, diversos meios de violência extrema foram utilizados pelas forças sérvias, resultando no assassinato em massa de milhares de bósnios muçulmanos, em práticas classificadas como genocídio, expulsões forçadas e a criação de novos campos de concentração. Além disso, foi implementada uma política sistemática de limpeza étnica. Como consequência dessas ações, estima-se que cerca de dois milhões de habitantes foram deslocados das zonas de conflito, enquanto muitas outras pessoas, perseguidas por sua religião, foram forçadas ao exílio.

Segundo Silva¹², as mortes e exclusões de membros do grupo étnico bósnio-

¹⁰ RAMET, Sabrina P. *The Three Yugoslavias: State-Building and Legitimation, 1918–2005*. Bloomington: Indiana University Press, 2006, p. 45.

¹¹ BURG, Steven L. e SHOUP, Paul S. *The War in Bosnia-Herzegovina: Ethnic Conflict and International Intervention*. Armonk: M.E. Sharpe, 1999, p. 27.

¹² SILVA, Gustavo. *Da rosa ao pó: Histórias da Bósnia pós-genocídio*. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011, p. 15.

muçulmano não decorreram apenas da guerra em si, mas também de uma estratégia deliberada das políticas nacionalistas sérvias, cujo objetivo era a formação de um Estado etnicamente homogéneo. Esse processo de exclusão reflete uma lógica semelhante à ideologia nazista da “Solução Final”, responsável pelo genocídio do povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial nos campos de concentração.

O conflito, caracterizado pela limpeza étnica, pelos campos de concentração e pelo massacre de Srebrenica (1995), resultou em mais de 100.000 mortes e cerca de dois milhões de deslocados¹³. O Acordo de Dayton (1995), mediado pelos Estados Unidos, estabeleceu uma estrutura estatal frágil, ao dividir a Bósnia-Herzegovina em duas entidades: a Federação da Bósnia e Herzegovina (controlada por bósnios muçulmanos e croatas) e a República Srpska (dominada por sérvios). Esse acordo criou um governo central com poderes limitados e sem plena soberania sobre as entidades constituintes¹⁴.

A Guerra da Bósnia (1992-1995), marcada por políticas de limpeza étnica, exigiu mecanismos de justiça pós-conflito alinhados ao modelo de Bassiouni¹⁵, que defendia a criação de tribunais híbridos para o julgamento de crimes de guerra. Contudo, a fragmentação jurídica da Bósnia no período pós-Dayton, como analisa Rohde¹⁶, dificultou a harmonização penal entre as entidades, ao agravar as desigualdades no tratamento dos crimes de guerra. Essa desarticulação reflete as críticas de Cassese¹⁷, para quem sistemas jurídicos fragmentados podem comprometer a coerência do direito penal internacional, sobretudo quando há sobreposição de jurisdições locais e internacionais sem uma coordenação institucional clara.

A fragilidade do Acordo de Dayton, conforme argumenta Chollet¹⁸, resultou na criação de um Estado disfuncional, onde a justiça transicional foi instrumentalizada por elites étnicas. A República Srpska, por exemplo, bloqueou sistematicamente a extradição de criminosos de guerra para o Tribunal Estatal, conforme documenta

¹³ DONIA, Robert J. e FINE, John V.A. *Bosnia and Herzegovina: A Tradition Betrayed*. New York: Columbia University Press, 1994, p. 12.

¹⁴ CHOLLET, Derek. *The Road to the Dayton Accords: A Study of American Statecraft*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 89.

¹⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York: Transnational Publishers, 1996, p. 78.

¹⁶ ROHDE, David. *Endgame: The Betrayal and Fall of Srebrenica*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1997, p. 304.

¹⁷ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 245.

¹⁸ CHOLLET, Derek. *The Road to the Dayton Accords: A Study of American Statecraft*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 89.

As reformas no campo da justiça são benéficas quando visam uma maior harmonização no tratamento dos crimes, garantem que os perpetradores de delitos semelhantes sejam julgados de forma equitativa, sem discriminações no processo de julgamento e sentença. Contudo, na realidade da Bósnia-Herzegovina, a fragmentação do sistema judicial após as reformas de 2003 gerou desafios significativos. Foram criadas quatro jurisdições distintas: o Distrito da Bósnia-Herzegovina, o Distrito de Brčko, a Federação da Bósnia-Herzegovina e a República Srpska. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08²⁰, observou que a organização judiciária não previu mecanismos eficazes para uniformizar as práticas e interpretações jurídicas entre essas jurisdições. Como resultado, o Tribunal Estatal da Bósnia-Herzegovina e as Supremas Cortes de ambas as entidades emitiram veredictos contraditórios sobre questões jurídicas fundamentais, comprometeram a coerência do sistema judicial.

Para Albuquerque²¹ explica que, desde 1976, a Bósnia-Herzegovina dispunha de um Código Penal que permaneceu em vigor até à implementação das reformas de 2003. O processo de reestruturação passou por diversas etapas, ao começar com a promulgação da Lei do Tribunal Estatal em 12 de novembro de 2000 pelo Alto Representante da Bósnia-Herzegovina. Essa lei estabeleceu o Tribunal Estatal da Bósnia-Herzegovina, que foi formalmente instituído pelo Parlamento em 3 de julho de 2002 por meio da Lei sobre o Tribunal. Por fim, o novo Código Penal entrou em vigor em 1 de março de 2003.

As guerras provocam profundas mudanças nos territórios envolvidos e deixam marcas duradouras nas suas populações. No caso da Bósnia-Herzegovina, foi necessário estabelecer um Livro de Regras como base para o julgamento de crimes de guerra, o qual foi publicado em 28 de dezembro de 2004. Além disso, foi criada uma câmara especial para tratar desses crimes no Tribunal Estatal, ao iniciarem os

¹⁹ NETTELFIELD, Lara J. *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 145.

²⁰TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, 2013, p. 51.

²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić. In: RAMOS, André de Carvalho (org.). *Corte Europeia dos Direitos Humanos: Comentário dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 329-330.

seus trabalhos em 9 de março de 2005. As reformas no setor da justiça avançaram ainda mais: entre junho de 2008 e 2012, o Conselho de Ministros da Bósnia-Herzegovina adotou uma estratégia de reforma judicial, complementada pela Estratégia Nacional sobre Crimes de Guerra, formalmente aprovada em 29 de dezembro de 2008, e pela estratégia de justiça transicional²².

Num país que passou por uma guerra motivada por diferenças étnicas, religiosas e políticas, a administração da justiça deve ser conduzida com particular sensibilidade, de modo a evitar que as tensões do passado se perpetuem. A equidade na aplicação da lei é essencial para que todos os réus sejam julgados de forma justa, com penas proporcionais aos seus crimes, independentemente da sua origem. Após um conflito, um dos principais desafios dos Estados é a promoção da unidade nacional e o fortalecimento das leis existentes, ao assegurar que a população compreenda as normas vigentes e as consequências do seu incumprimento.

Os países modernos subscrevem diversos Tratados Internacionais. Em 2008, as autoridades da Bósnia-Herzegovina reconheceram que a desarmonia jurídica em seu território configurava uma violação de múltiplas convenções internacionais. Na Resolução 1632²³, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, ao tratar do respeito às obrigações e compromissos da Bósnia-Herzegovina, destacou as inconsistências na aplicação do direito relativas à situação das minorias nacionais na Voivodina e da minoria étnica romena na Sérvia.

Esse problema gerava uma desigualdade na aplicação da justiça, em desacordo com os princípios estabelecidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08²⁴, reforça essa crítica, ao apontar que as penas aplicadas a condenados por crimes de guerra variavam significativamente consoante o tribunal onde eram julgados.

Para o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08²⁵, apontou que essa

²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., 2021, pp. 329-330.

²³ COUNCIL OF EUROPE. *Situation of national minorities in Vojvodina and of the Romanian ethnic minority in Serbia*. Resolution 1632 (2008) [em linha]. Disponível em: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17677&lang=en>.

²⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, 2013, p. 48.

²⁵ *Ibidem*, p. 49.

falta de transparência gerou incertezas significativas sobre as prioridades do Ministério Público e abriu espaço para questionamentos políticos sobre a imparcialidade do processo de seleção de casos. Observou-se que, até 2008, cerca de 90% dos réus processados pela câmara de crimes de guerra eram de origem sérvia, um padrão que suscitou preocupações quanto à objetividade da justiça. A mudança começou a ocorrer em 2008, com a adoção de uma estratégia nacional pelas autoridades bósnias, cujo objetivo era o desenvolvimento de uma abordagem mais sistemática para o processamento de crimes de guerra, ao garantir uma alocação mais equitativa de recursos e esforços.

A tipificação dos crimes contra a humanidade, consolidada nos Julgamentos de Nurembergue (1945-1946), estabeleceu um marco jurídico sem precedentes ao introduzir responsabilidade penal individual por atrocidades internacionais. Como destaca Schabas²⁶, essa iniciativa reforçou a aplicação de normas internacionais, ao contribuir para a evolução do direito penal internacional. Contudo, essas conquistas contrastam com o vácuo jurídico que prevaleceu no período pós-Primeira Guerra Mundial, quando a ausência de uma resposta eficaz da comunidade internacional permitiu a impunidade de criminosos de guerra.

3 - Uma apreciação sobre a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso de *Marktouf e Damjanović* – Justiça aos criminosos de guerra em tempos de paz

Nas sociedades modernas, um dos meios legais para a realização da justiça é através dos tribunais, sejam eles nacionais ou internacionais. A possibilidade de recurso para os Tribunais Superiores sempre que o réu se sentir injustiçado é fundamental até ao esgotamento de todas as instâncias, asseguram que a justiça seja plenamente realizada. No caso dos crimes cometidos durante conflitos armados, o seu julgamento é essencial, sendo a independência dos tribunais um princípio fundamental para garantir que estes cumpram a sua função, livres de influências políticas que possam comprometer a proteção dos direitos fundamentais e do direito internacional.

Após o fim da guerra na Bósnia, diversos responsáveis por crimes de guerra foram julgados tanto em tribunais nacionais como internacionais, sendo condenados por

²⁶ SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 177.

genocídio e outros crimes graves. Entre esses casos, destacam-se os de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, condenados pelos tribunais nacionais da Bósnia e Herzegovina e que recorreram das suas sentenças junto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Os processos de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović foram analisados pelo TEDH nos recursos n.º 2312/08 e n.º 34179/08 contra a Bósnia e Herzegovina²⁷. Os principais argumentos dos recorrentes centraram-se em alegadas falhas na aplicação da lei penal pelo tribunal nacional, que os condenou por crimes de guerra cometidos entre 1992 e 1995. No recurso, invocaram a violação do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que estabelece o princípio da irretroatividade das penas. Adicionalmente, alegaram a violação do artigo 14.º, em conjugação com o artigo 7.º, relativo à proibição de discriminação, bem como do artigo 1.º do Protocolo n.º 12, que prevê uma proibição geral de discriminação. Por fim, argumentaram ainda com base no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, que garante o direito a um processo equitativo.

No acórdão do TEDH relativo ao caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e n.º 34179/08²⁸, é detalhado que Abduladhim Maktouf, cidadão iraquiano, foi condenado por cumplicidade no sequestro de civis, tendo como objetivo a troca destes por membros das forças da Bósnia e Herzegovina capturados pelas forças croatas em 19 de outubro de 1993. Os civis sequestrados foram libertados poucos dias depois, mas Maktouf apenas foi detido 12 anos mais tarde, a 11 de junho de 2004. Em 1 de julho de 2005, a Câmara de Julgamento do Tribunal Estatal da Bósnia e Herzegovina condenou-o a cinco anos de prisão efetiva, com base no artigo 173.º, conjugado com o artigo 31.º, do Código Penal de 2003. Após recurso, a sentença foi anulada a 24 de novembro de 2005. No entanto, a 4 de abril de 2006, a Câmara de Recursos, composta por dois juízes internacionais e um juiz nacional, confirmou integralmente a condenação de 1 de julho de 2005²⁹.

No processo de Goran Damjanović³⁰, cidadão da Bósnia e Herzegovina, este foi condenado por ter espancado vários bósnios que faziam parte da resistência contra o

²⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, 2013, p. 01.

²⁸ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, pp. 04-11.

²⁹ *Ibidem*, p. 04.

³⁰ *Ibidem*, p. 11.

ataque perpetrado pelos sérvios e que foram capturados em Sarajevo, no dia 2 de junho de 1992. Damjanović teve um papel de destaque no espancamento dessas vítimas, que durou várias horas, ao recorrer a diversos instrumentos, entre os quais espingardas, bastões, garrafas, além de pontapés e socos. Após esses acontecimentos, as vítimas foram levadas para um campo de internamento.

O requerente foi detido em 26 de abril de 2006, ou seja, 14 anos após a prática do crime. O Tribunal Estatal da Bósnia e Herzegovina, ao analisar o caso, condenou-o a 11 anos de prisão pelos crimes de tortura, que apenas foram considerados crimes de guerra a partir de 18 de junho de 2007, mas cuja condenação também se fundamentou no Código Penal de 2003. Foi interposto um recurso, mas o mesmo tribunal confirmou a sentença em 19 de novembro de 2007. Posteriormente, um novo acórdão de segunda instância foi notificado ao recorrente em 21 de dezembro de 2007. Por fim, Damjanović apresentou um recurso constitucional em 20 de fevereiro de 2008, o qual foi indeferido por intempestividade em 15 de abril de 2009³¹.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no acórdão *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08³², reconheceu que, embora ambos os requerentes tenham recorrido ao Tribunal Constitucional, não foi identificada qualquer violação dos seus direitos, consideraram que a decisão estava em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Os requerentes alegaram que o Tribunal Estatal lhes aplicou retroativamente uma lei penal mais severa do que a prevista no Código Penal de 1976. Os crimes por eles cometidos estavam tipificados em ambos os códigos, porém havia diferenças nas molduras penais aplicáveis aos crimes de guerra, especialmente no que diz respeito à previsibilidade e acessibilidade.

Os dois requerentes recorreram das penas que lhes foram aplicadas, por considerarem que eram injustas. Abduladhim Maktouf foi condenado a cinco anos de prisão pelo crime de auxílio e incitação à prática de crimes de guerra, nos termos do Código Penal de 2003, mas teria recebido uma pena inferior, de apenas um ano, caso fosse julgado ao abrigo do Código Penal de 1976. No caso de Goran Damjanović, condenado a onze anos de prisão, também foi aplicado o Código Penal de 2003; no entanto, caso fosse julgado segundo o Código Penal de 1976, a pena aplicada não

³¹ *Ibidem*, p. 12.

³² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, 2013, p. 12.

ultrapassaria cinco anos³³.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no referido acórdão³⁴, teve de analisar a aplicabilidade das normas pelos tribunais nacionais e as razões pelas quais não foi aplicada a legislação mais favorável aos requerentes. O Tribunal não se limitou a avaliar a existência de uma eventual incompatibilidade do Código Penal de 2003 nos casos de crimes de guerra, mas também analisou a sua compatibilidade com o artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Os representantes do Ministério da Justiça da Bósnia e Herzegovina justificaram as suas decisões com base no n.º 2 do artigo 7.º da Convenção, argumentaram que a punição dos crimes cometidos pelos requerentes estava conforme os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Além disso, alegaram que tal entendimento se enquadrava no Direito Humanitário, ao permitir que o Estado punisse de forma eficaz os crimes de guerra, ao afastar, assim, a regra da não retroatividade da lei penal nesses casos. Contudo, apesar dessa argumentação, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluiu que houve uma violação do artigo 7.º da Convenção, pois, nesses casos, deveria ter sido aplicado o Código Penal de 1976, o que teria resultado em penas menores³⁵.

Abduladhim Maktouf alegou ainda que o seu julgamento foi discriminatório, argumentou que a sua nacionalidade iraquiana e a sua religião foram utilizadas como fatores agravantes na determinação da pena. Na análise realizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos³⁶, no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, concluiu-se que, embora houvesse um elevado número de processos relacionados com crimes de guerra, a distribuição desses casos entre os tribunais visava garantir que o Estado cumprisse a sua obrigação, conforme estabelecido pela Convenção, de responsabilizar todos os culpados por crimes de direito internacional humanitário. Apesar de se verificar que os tribunais nacionais aplicavam penas mais leves do que as impostas pelo Tribunal Estatal, o Tribunal Europeu considerou que essa diferença de tratamento não se baseava em características pessoais dos réus. A deslocação dos processos para um ou outro tribunal era feita com base em critérios objetivos e razoáveis, não tendo sido reconhecida qualquer discriminação.

³³ *Ibidem*, p. 13.

³⁴ *Ibidem*, p. 13.

³⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, p. 13.

³⁶ *Ibidem*, p. 32.

O processo de justiça visa restabelecer a ordem social, garantem que as sentenças sirvam tanto como punição quanto como meio de assegurar o cumprimento da lei nas sociedades. No entanto, é essencial que a legislação de cada país seja aplicada de forma coerente e proporcional à época em que o crime foi cometido. Independentemente de alterações na interpretação da realidade ou da gravidade atribuída a determinados crimes, um réu deve ser julgado segundo a lei vigente à data dos factos, ou pela norma mais favorável. Neste caso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos determinou que, nos processos de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, deveria ter sido aplicado o Código Penal de 1976, em vez da revisão introduzida pelo Código Penal de 2003.

4 – Uma reflexão sobre a intervenção do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić - A moralidade nos direitos humanos

Quando o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque³⁷, apresentou o seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08, destacou como a proibição da aplicação retroativa da lei penal e a retroatividade das leis penais mais brandas, denominadas *lex mitior*, pertencem ao questionamento da justiça humana. Ao analisar o julgamento realizado na Bósnia e Herzegovina, em particular na Câmara de Crimes de Guerra do respetivo Tribunal, considerou que este deveria ter sido precedido por um aprofundamento contextual mais rigoroso do direito internacional dos direitos humanos, de forma a proporcionar uma melhor percepção, refletindo igualmente sobre os avanços do direito penal internacional, do direito internacional humanitário e do estatuto da prática do Estado.

Para Albuquerque, a função preventiva do direito penal assenta numa garantia fundamental: a separação dos poderes do Estado e a prevenção da arbitrariedade estatal, que constituem os objetivos do princípio *nullum crimen sine lege prævia* – não pode existir crime sem que uma lei o tenha previamente previsto. Pode também afirmar-se que a existência de leis destinadas à punição de crimes cometidos no seio das sociedades é essencial para a preservação da liberdade individual.

O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque³⁸, no seu voto em *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08, sustentou que a proibição da aplicação retroativa de novas infrações penais deveria implicar, em última instância, a

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 322.

³⁸ *Ibidem*, p. 323.

proibição da retroatividade de um sistema penal mais severo, ao referir-se ao conceito de *lex gravior*. Nesse sentido, se uma lei penal não pode ser aplicada a factos anteriores à sua entrada em vigor, uma infração penal não pode ser punida com sanções inexistentes à data da sua prática nem com sanções mais gravosas do que as previstas no momento da ocorrência. Por conseguinte, conclui que, nos casos em análise, a aplicação retroativa da sentença deveria ser considerada arbitrária, especialmente quando comparada com a pena inovadora ou com o agravamento da pena aplicada.

O princípio da irretroatividade da lei penal, para o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, tem uma aceitação universal no que se refere à criminalização e condenação em tempos de paz, está consagrado no artigo 11.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; no artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; no artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; no artigo 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; no artigo 7.º, n.º 2, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; no artigo 40.º, n.º 2, alínea (a), da Convenção sobre os Direitos da Criança; nos artigos 11.º e 24.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma); no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; e no artigo 15.º da Carta Árabe dos Direitos Humanos³⁹.

Para o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no voto proferido no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08⁴⁰, reforça a ideia de que, uma vez praticado um crime, se a lei vigente à data da sentença impuser uma pena mais leve, o infrator deve beneficiar dessa alteração. Tal princípio aplica-se a qualquer disposição legal que determine a redução ou mitigação de uma pena e, com maior razão, a uma norma descriminalizadora (*ex post facto*). Para ele, há uma diferença fundamental no âmbito temporal da *lex mitior*: enquanto uma lei *ex post facto* que desriminaliza determinado comportamento pode ser aplicada até ao cumprimento integral da pena imposta ao infrator, uma nova lei penal que prevê a redução ou mitigação da pena deverá aplicar-se até que a condenação transite em julgado (*res judicata*).

A evolução do Direito Penal Internacional após 1998, marcada pela adoção do

³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 323.

⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013, p. 43.

Estatuto de Roma (artigos 22-24), consolidou princípios como a legalidade estrita (*nullum crimen sine lege*), a irretroatividade penal e a responsabilidade individual. Antonio Cassese⁴¹, destaca que esses artigos representam um marco contra o relativismo jurídico, ao exigirem uma tipificação clara dos crimes antes da persecução penal. Na prática, contudo, a aplicação do artigo 24 (*irretroatividade ratione personae*) tem sido alvo de debates, especialmente em casos como *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06)⁴². Nesse julgamento, a defesa argumentou que a interpretação do crime de recrutamento de crianças pelo TPI violava os direitos do acusado ao ampliar o alcance da norma penal.

O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque⁴³, sustenta que o princípio da aplicação da *lex mitior* constitui o reverso da proibição da retroatividade de uma lei penal mais severa. Se uma lei penal mais gravosa não pode ser aplicada a factos anteriores à sua entrada em vigor, por maioria de razão, deve aplicar-se uma norma mais favorável. Assim, os crimes praticados antes da promulgação de uma nova lei penal devem ser julgados com base na legislação vigente à data dos factos, ou seja, aquela que os agentes conheciam e sob a qual podiam prever as consequências jurídicas dos seus atos.

No seu voto no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque destaca que a aplicação contínua de uma lei penal mais severa, mesmo após ter sido revogada pelo legislador e substituída por uma norma mais branda, comprometeria a separação de poderes dos Estados. Tal situação ocorreria na medida em que os tribunais continuariam a impor penas mais gravosas, contrariaria a reavaliação legislativa sobre o grau de ilicitude da conduta e a correspondente severidade das sanções. Inversamente, se o próprio legislador determinasse a aplicação continuada de uma lei penal mais severa após a sua substituição por uma mais favorável, criar-se-ia uma contradição que o Juiz considera arbitrária, ao traduzir-se numa duplicidade de critérios na avaliação da ilicitude da mesma conduta⁴⁴.

Ao avaliar os factos no seu voto em *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, n.º 2312/08 e 34179/08 à luz dos princípios da irretroatividade da lei

⁴¹ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2008. p. 68.

⁴² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842, 14 de março de 2012 [em linha]. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF.

⁴³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 325.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 323.

penal, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, observa que a Bósnia e Herzegovina aplicou penas retroativas aos requerentes. Como prova desse facto, Damjanović foi condenado pelo Tribunal Estatal a onze anos de prisão ao abrigo do Código Penal de 2003, pena superior ao dobro da mínima admissível segundo o Código Penal de 1976. No caso de Maktouf, a condenação pelo Código Penal de 2003 foi de cinco anos de prisão, cinco vezes superior à menor pena permitida pelo Código de 1976 para crimes dessa natureza. Nessa perspetiva, o Código Penal de 1976 corresponde à *lex mitior*, enquanto o Código de 2003 representa a *lex gravior*. A decisão dos tribunais nacionais da Bósnia e Herzegovina, ao aplicarem retroativamente o Código de 2003, não apenas violou o artigo 4.º, n.º 2, desse mesmo Código, como também infringiu o artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴⁵.

Para Sweeney⁴⁶, é desalentador que um regime jurídico anterior não seja reconhecido como *lex mitior* não apenas quando impõe penas menos severas, mas também quando falha em punir adequadamente crimes internacionais. Neste sentido, argumenta que, com um mínimo de rigor na formulação legislativa, seria possível introduzir uma ressalva que relativizasse as conclusões do Tribunal Europeu, tendo em conta os desenvolvimentos recentes sobre o “*duty to prosecute*”. Assim, se a aplicação da *lex mitior* resultasse numa punição insuficiente para crimes internacionais, não apenas devido à sua menor severidade, mas por inadequação, o Tribunal poderia adotar uma posição distinta, ao garantir que a justiça não fosse comprometida por lacunas jurídicas históricas.

Para restabelecer a justiça aos condenados, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque recomenda que as condenações dos requerentes sejam declaradas nulas e sem efeito pelo tribunal nacional competente, uma vez que ocorreu uma violação ao artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O magistrado considera que este artigo configura um direito inderrogável, conforme estabelecido no artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Assim, se as condenações dos requerentes continuassem válidas após o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluir que houve violação do artigo 7.º, tal situação poderia ser interpretada como

⁴⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 323.

⁴⁶ SWEENEY, James A. Non-retroactivity, Candour and ‘Transitional Relativism’: A Response to the ECHR Judgment in Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. 2013 [consultado em 13 janeiro 2025]. Disponível em: https://www.research.lancs.ac.uk/portal/services/downloadRegister/73537934/Sweeney_Non_retroactivity_candour_and_transitional_relativism_4.pdf. p. 12.

uma derrogação de facto dessa norma. Essa derrogação não apenas invalidaria a conclusão do TEDH, mas também configuraria uma infração ao artigo 15.º da Convenção. No entanto, caso a Bósnia e Herzegovina desejasse julgar novamente os atos criminosos cometidos durante a guerra, um novo julgamento seria necessário⁴⁷.

Embora a decisão do TEDH reafirme o princípio da irretroatividade ao proibir a retroatividade penal absoluta (artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), ignora o contexto de justiça transitacional na Bósnia. Para Sweeney⁴⁸, existe a possibilidade de um “relativismo transitório”, que considera necessário um grau de flexibilidade em sociedades pós-conflito para aplicar leis retroativas que garantam a responsabilização por crimes contra a humanidade, ainda que tal implique relativizar princípios estritos de legalidade. A Lei de Crimes de Guerra da Bósnia (2003) foi aplicada retroativamente para julgar crimes cometidos durante a guerra (1992-1995). O TEDH considerou essa aplicação ilegítima; contudo, segundo Sweeney⁴⁹, essa decisão desconsidera a função pedagógica do direito penal em contextos de reconstrução nacional.

A abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação à retroatividade penal reflete diferenças nos contextos jurídicos em que atuam. O TEDH, em fundamentar-se no artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mantém uma postura rígida contra a retroatividade de leis penais mais severas, embora reconheça exceções para crimes de direito internacional. Já a CIDH tem adotado uma abordagem mais flexível em contextos de transição democrática, especialmente em relação à impunidade por graves violações de direitos humanos. Um marco dessa posição é o caso *Barrios Altos v. Peru* (2001)⁵⁰, no qual a CIDH declarou nulas as leis de amnistia que impediam a investigação e punição de agentes estatais acusados de massacres durante o regime de Alberto Fujimori. A Corte argumentou que tais leis perpetuam a impunidade e violam o direito das vítimas à justiça, tornando-as incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵¹.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 324.

⁴⁸ SWEENEY, James A. Non-retroactivity, Candour and ‘Transitional Relativism’: A Response to the ECHR Judgment in Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. 2013, p. 04.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 05.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Barrios Altos Vs. Peru. 2001 [consultado em 14 janeiro 2025]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

A decisão da CIDH reflete a compreensão de que, em sociedades pós-autoritárias, a estabilidade jurídica não pode ser usada para garantir a impunidade por graves violações de direitos humanos. No caso *Barrios Altos v. Peru* (2001), a Corte declarou que “não podem ser consideradas válidas disposições que pretendam impedir a investigação e sanção de responsáveis por graves violações de direitos humanos”⁵². Esse raciocínio contrasta, em certa medida, com a jurisprudência do TEDH, que, embora reconheça exceções à irretroatividade penal em crimes internacionais (*Kononov v. Latvia*, 2010)⁵³ (TEDH, 2010), geralmente prioriza a segurança jurídica individual, como demonstrado em *Scoppola v. Itália* (n.º 3) (2012)⁵⁴, onde reafirmou o princípio da legalidade penal.

Os dilemas morais durante os julgamentos de crimes de guerra são evidentes. No contexto da guerra da Bósnia, inúmeros genocídios foram perpetrados e, ao substituírem a lei penal de 1976 pela nova legislação de 2003, os tribunais pretendiam punir com maior rigor os responsáveis por esses crimes. No entanto, a proibição da retroatividade da lei em prejuízo do réu continua a ser um princípio fundamental do direito internacional, sendo protegido por diversos acordos internacionais, em especial a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque defende a aplicação de diversos tratados internacionais para que se restabeleça a justiça, garantem que os juízes possam aplicar penas condizentes aos requerentes com base no Código Penal da Bósnia e Herzegovina de 1976. Caso os tribunais não aceitassem essa decisão, estariam também a violar normas internacionais⁵⁵.

CONCLUSÃO

O problema da interpretação da realidade e das leis foram dois fatores centrais no voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso *Maktof and Damjanović v.*

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Barrios Altos Vs. Peru. 2001, p. 19.

⁵³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Kononov v. Latvia, [GC], n.º 36376/04. TEDH, 17 maio 2010 [consultado em 13 fevereiro 2025]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-98669&filename=CASE%20OF%20KONONOV%20v.%20LATVIA.pdf>.

⁵⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Scoppola v. Italy (nº 3), [GC], n.º 126/05. TEDH, 22 maio 2012 [consultado em 13 fevereiro 2025]. Disponível em: https://www.eods.eu/template/default/compendium/Part%201/038_Case_Scoppola_v_Italy.pdf.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić., p. 324.

Bosnia and Herzegovina, n.º 2312/08 e 34179/08. O magistrado não se limitou a apresentar as normas que fundamentam as suas decisões, mas também procurou garantir o restabelecimento da justiça aos condenados. Dessa forma, o ser humano permaneceu sempre no centro da sua reflexão.

O julgamento de crimes cometidos por qualquer cidadão deve ser enquadrado no conjunto das leis previamente estabelecidas. Os indivíduos devem estar conscientes dos seus atos e das penas aplicáveis em caso de violação da lei. No pensamento de Ernst Cassirer, o Código Penal pode ser interpretado como uma realidade simbólica, pois estrutura os princípios que orientam a interpretação das ações permitidas ou proibidas dentro de uma determinada sociedade.

Por se tratar de um voto que abrange temas sensíveis ligados à guerra da Bósnia, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, reconheceu que houve uma violação dos direitos dos réus durante o julgamento. No caso de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, constatou-se uma infração ao artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que consagra o princípio da legalidade penal e proíbe a retroatividade de leis penais mais gravosas.

O princípio da irretroatividade da lei penal é amplamente reconhecido no Direito Internacional, especialmente em tempos de paz, conforme estabelecido em tratados como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No entanto, em casos de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, a retroatividade pode ser admitida. Diante desse contexto, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque defende que, no momento da prática do crime, caso a legislação posterior imponha uma pena mais leve, o infrator deve beneficiar dessa norma, em conformidade com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, um dos fundamentos essenciais da justiça penal.

Embora dilemas morais possam surgir nos julgamentos, é essencial que o juiz não se limite a uma aplicação rígida da lei com o único propósito de punir. Deve, ao contrário, interpretar o direito à luz dos princípios fundamentais, reconhecer que o réu, independentemente da gravidade do crime cometido, continua sendo titular de direitos que devem ser respeitados.

Essa é uma das principais lições extraídas do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque: a necessidade de garantir que a justiça seja administrada de forma equitativa, sem discriminação contra os réus, mesmo em contextos de guerra. A

justiça não deve ser apenas um instrumento de punição, mas também um meio de reafirmar o Estado de Direito e promover a coesão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić. In: RAMOS, André de Carvalho (org.). *Corte Europeia dos Direitos Humanos: Comentário dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York: Transnational Publishers, 1996.
- BURG, Steven L. e SHOUP, Paul S. *The War in Bosnia-Herzegovina: Ethnic Conflict and International Intervention*. Armonk: M.E. Sharpe, 1999.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica: ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- CHIAVONE, T. Marquesini. Risks to Privacy v. Risks to Public Safety, a Dilemma to be Overcome in the (Digital) Risk Society. *Revista Jurídica Portucalense*, 2024, pp. 1-11 [consultado em 13 janeiro 2025]. Disponível em: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.jur-01](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.jur-01).
- CHOLLET, Derek. *The Road to the Dayton Accords: A Study of American Statecraft*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- DONIA, Robert J. e FINE, John V.A. *Bosnia and Herzegovina: A Tradition Betrayed*. New York: Columbia University Press, 1994.
- MAIA, Catherine e MENDEL, Rafaela. Commentary on the ECHR's Correia De Matos v. Portugal Judgment from the Perspective of Discrimination of Professional Groups. *Revista Jurídica Portucalense*, 2024, vol. 35, p. 12-24 [consultado em 19 janeiro 2025]. Disponível em: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.jur-02](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.jur-02).
- NETTELFIELD, Lara J. *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- RAMET, Sabrina P. *The Three Yugoslavias: State-Building and Legitimation, 1918–2005*. Bloomington: Indiana University Press, 2006.
- ROHDE, David. *Endgame: The Betrayal and Fall of Srebrenica*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1997.
- SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SILVA, Gustavo. *Da rosa ao pó: Histórias da Bósnia pós-genocídio*. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011.
- SWEENEY, James A. Non-retroactivity, Candour and 'Transitional Relativism': A Response to the ECHR Judgment in Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. 2013 [consultado em 13 janeiro 2025]. Disponível em: https://www.research.lancs.ac.uk/portal/services/downloadRegister/73537934/Sweeney_Non_retroactivity_candour_and_transitional_relativism_4.pdf

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

- CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Atualizado até à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, incorporando Declaração de Retificação 24/2006, de 17 de abril. [S. I.], [s. n.], [2006?] [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>.
- COUNCIL OF EUROPE. Situation of national minorities in Vojvodina and of the Romanian ethnic minority in Serbia. Resolution 1632 (2008) [em linha]. Disponível em: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17677&lang=en>.
- CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS (CEDH). Convenção Europeia dos Direitos do Homem [em linha]. 2010 [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842, 14 de março de 2012 [em linha]. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Kononov v. Latvia, [GC], n.º 36376/04. TEDH, 17 maio 2010 [consultado em 13 fevereiro 2025]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-98669&filename=CASE%20OF%20KONONOV%20v.%20LATVIA.pdf>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Scoppola v. Italy (nº 3), [GC], n.º 126/05. TEDH, 22 maio 2012 [consultado em 13 fevereiro 2025]. Disponível em: https://www.eods.eu/template/default/compendium/Part%201/038_Case_Scopolla_v_Italy.pdf.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. Requerimentos n.º 2312/08 e 34179/08, 18 julho 2013 [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Barrios Altos Vs. Peru. 2001 [consultado em 14 janeiro 2025]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S. I.]: Centro Regional de Informações das Nações Unidas, [s. d.] [consultado em 13 janeiro 2023]. Disponível em: <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>.

Data de submissão do artigo: 18/01/2025

Data de aprovação do artigo: 01/04/2025

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt