

A NARRATIVA OCIDENTAL E A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

THE WESTERN NARRATIVE AND THE CONSTRUCTION OF TRUTH IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA

Ana Julia Pozzi Arruda¹
UNESP

Resumo

O trabalho pretende analisar como as relações de poder influenciaram a construção da verdade dos acontecimentos históricos no âmbito do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Os objetivos específicos foram: discutir as problemáticas processuais do caso, que repercutem na afetação a garantias fundamentais; e questionar a estratégia de criação de um Tribunal *ad hoc*, pelo Conselho de Segurança da ONU, com jurisdição retroativa e competências para julgar os conflitos ocorridos em outro Estado, visando a promoção da paz e a restauração da dignidade das vítimas do conflito. A partir da metodologia de análise de caso, concluiu-se que a iniciativa revela a existência de um amplo espectro para instrumentalização do poder simbólico penal para consolidar a narrativa ocidental sobre o conflito.

Palavras-chave

Tribunal penal internacional. Ex-Iugoslávia. Guerra fria. OTAN. Verdade.

Abstract

The work aims to analyze how power relations influenced the construction of the truth of historical events within the International Criminal Court for the former Yugoslavia. The specific objectives were: to discuss the procedural issues of the case,

¹ Bolsista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais campus de Franca. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais campus de Franca. Advogada. Email: ana.arruda@unesp.br

which have repercussions on the allocation to fundamental guarantees; and to question the strategy of creating an ad hoc Tribunal by the UN Security Council, with retroactive jurisdiction and powers to judge conflicts occurring in another State, aimed at promoting peace and restoring the dignity of victims of conflict. Based on the method of case analysis, it is concluded that the initiative reveals the existence of a broad spectrum for instrumentalization of symbolic criminal power to consolidate the Western narrative on the conflict.

Keywords

International criminal court. Former Yugoslavia. Cold war. NATO. Truth.

1 INTRODUÇÃO

A justiça penal internacional é frequentemente alvo de críticas por reproduzir, no plano internacional, a seletividade jurídico-penal verificada no plano interno, condicionada por desigualdades e relações de poder. Dessa forma, neste trabalho, pretende-se analisar como tais questões podem ser evidenciadas no que tange à construção da verdade exprimida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. É importante destacar, desde logo, que este foi o primeiro Tribunal *ad hoc* constituído pelo Conselho de Segurança da ONU e, portanto, as questões ali discutidas foram indispensáveis para lançar as bases de fundamentação da justiça penal internacional.

Ressalta-se, desde já, que o conceito de verdade ao qual se faz referência no artigo é aquele que toma por realidade as impressões de determinado evento, até mesmo pela impossibilidade de se reaver os acontecimentos do passado em sua totalidade. Conforme Cernelutti (2020, p. 39), “aquela que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela; qualquer coisa como a minúscula faceta de um diamante maravilhoso”. Entretanto, questiona-se em que medida as diferentes narrativas produzidas de fato podem proteger direitos humanos e promover a emancipação de grupos minoritários, ou

preservar as desigualdades sociais, políticas e econômicas fundadas nas relações geopolíticas de poder.

Para cumprir com tal objetivo, o trabalho inicia-se com uma breve contextualização histórica dos conflitos ocorridos na região dos Balcãs, para compreensão do cenário que motivou o Conselho de Segurança das Nações Unidas a instituir o Tribunal. Posteriormente, as sentenças do caso Tadic são analisadas, de forma a demonstrar a construção do raciocínio de proteção a direitos humanos adotado pelo TPII, como fundamento de sua legitimidade.

Por fim, tais elementos são confrontados com o bombardeio realizado pela OTAN em 1999 e a postura do TPII adotada na ocasião, de forma a conceder ferramentas para evidenciar que há uma narrativa ocidental dominante, condicionada por fatores políticos, a qual se manifesta velada pelo discurso de proteção a direitos humanos. Como consequência, tem-se um poder punitivo antidemocrático e exercido de forma a demonstrar o poderio da comunidade internacional, que se afasta dos limites garantistas e racionalizadores do direito penal.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Localizado na península balcânica, na região sudeste da Europa, o território historicamente foi palco de vários conflitos em razão da diversidade étnica e religiosa que caracteriza a região². Após a Primeira

² Não se ignora que os conflitos nacionalistas surgiram com maior intensidade após influências ocidentais de secularização, industrialização e organização política fundada no Estado-nação, como um resgate e afirmação da própria identidade cultural dos povos da região. Nesse sentido, “em face de um momento de superioridade das potências imperialista europeias e relativa paz na Europa, a região passou a ser vista como violenta e politicamente agitada. Além disso, não podemos esquecer que este período caracterizou-se também pelo forte racismo e pela ciência

Guerra Mundial, a região passou por um processo de unificação, sob domínio dos Sérvios, fundando-se na região o “Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos” em decorrência da dissolução dos impérios Austro-Húngaro e Turco-otomano, que anteriormente abrigava os povos dos Bálcãs. Em 1929, o rei sérvio Aleksandar declarou oficialmente a região como sendo o Reino da Iugoslávia.

A concentração do poder político nas mãos da família real sérvia era motivo de instabilidade, tendo em vista que não agradava aos demais povos da região, os quais, apesar de possuírem maior poderio econômico, eram minorias nas instâncias formais políticas de representação. Durante o período entre guerras, algumas reconfigurações políticas tiveram por objetivo a maior distribuição do poder entre os povos da região – a exemplo da maior autonomia concedida aos croatas –, mas não foram suficientes para promover um consenso quanto a organização estatal (FIGUEIREDO, 2006).

Já na Segunda Guerra Mundial, a Alemanha Nazista, juntamente com os nacionalistas croatas, invadiu a Federação Iugoslava na tentativa de que a região se alinhasse aos países do Eixo na guerra. Todavia, a resistência à invasão, liderada principalmente por Josip Broz Tito, conseguiu conter a ocupação e unir o território sob a ideologia socialista, passando então à denominação de República Federal Socialista da Iugoslávia. Além de Tito ser um líder carismático, a organização política da ideologia socialista permitiu certa pacificação no que dizia respeito aos conflitos étnicos:

a serviço da estética, quando estudos sobre mestiçagem, pureza racial e suas implicações culturais atingiram um ápice, culminando nas futuras políticas de eugenia e limpeza ou purificação racial, e quando as teorias evolucionistas/progressistas juntaram-se às teorias racialistas, sendo os Bálcãs exemplo vivo de atraso e degeneração racial, dado a sua população mistura e miscigenada” (PERES, 2005, p. 65-66).

Ademais, o comunismo, dentre as outras alternativas mencionadas, pareceu ser a opção mais plausível para se obter uma reunificação mais igualitária da Iugoslávia. O fato de os comunistas possuírem uma lealdade de classe, que transcende as identidades nacionalistas, fazia com que eles apresentassem um plano de uma federação iugoslava menos desigual, pois seu projeto federativo não almejava a dominação de uma etnia por outra – tal como o projeto concorrente da “Grande Sérvia”. Esse aspecto é que verdadeiramente tornava o comunismo atrativo para os eslavos do sul, mais do que propriamente a ideologia em si mesma. Todos esses fatores, somados à figura carismática de Tito, fizeram com que a Iugoslávia do pós Segunda Guerra fosse a expressão mais próxima do *yugoslavismo*, conforme preconizado desde o século XIX. (FIGUEIREDO, 2006, p. 83)

Com a morte do general Josip Tito e enfraquecimento do bloco socialista nos anos 80, as animosidades étnico-religiosas ressurgiram e foram intensificadas com a política do sérvio Slobodan Milosevic – líder extremista do Partido Comunista –, que retirava autonomia dos territórios e dava protagonismo político-econômico à Sérvia. Em desacordo com esta orientação, os países que não consentiam com o domínio sérvio passaram a, unilateralmente, declarar sua independência, o que provocou uma reação de Milosevic e culminou em diversas guerras civis e de limpeza étnica que estarreceram o mundo na década de 90.

Dentre os conflitos separatistas, destaca-se para a presente análise os ocorridos na Croácia, na Bósnia-Herzegovina e no Kosovo. Na Croácia, a guerra de independência (1991-1995) foi marcada por conflitos violentos contra o exército sérvio/iugoslavo, que inclusive resultaram em mais de 20 mil mortos, sendo que grande parte eram civis.

No que tange à Bósnia, em razão da maior heterogeneidade étnica e maior presença de sérvios na região, o referendo de independência não foi amplamente aceito, contribuindo para maior intensificação dos conflitos na região. A guerra da Bósnia (1992-1995) envolveu croatas, sérvios e bósnios e foi marcada na história pela crueldade e violência dos conflitos, que incluíam campos de concentração, políticas de limpeza étnica e de cerco a cidades estratégicas, estupros, torturas e outras graves violações a direitos humanos, que resultaram em mais de 200 mil mortos.

Em 1998, a região do Kosovo (de maioria albanesa), sofrendo com as políticas de Milosevic que retiravam a autonomia política da região, bem como proibiam a expressão cultural dos albaneses, a exemplo da supressão do direito de utilizar a língua albanesa nas escolas e meios de comunicação, organizou-se para enfrentar a dominação sérvia, culminando na Guerra do Kosovo (PERES, 2005). Diante das atrocidades dos conflitos anteriores que haviam sido noticiadas pelo mundo todo, a comunidade internacional foi pressionada para que interviesse na disputa e colocasse fim ao genocídio levado a cabo pelas tropas sérvias de Milosevic.

Neste contexto, a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), sem autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, promoveu ataques à Iugoslávia, especificamente na região do Kosovo, a partir de bombardeios aéreos ininterruptos, os quais duraram 78 dias. Além dos alvos militares, a intervenção da OTAN foi muito criticada por utilizar armas químicas de urânio empobrecido e também atingir postos civis, como maternidades, escolas, hospitais e residências (PERES, 2005).

A independência do Kosovo até os dias atuais é uma questão controvertida no cenário internacional. Apesar de ter sido formalmente declarada em 17 de fevereiro de 2008, com o posterior

reconhecimento da Organização das Nações Unidas, a Sérvia e outros países, incluindo-se o Brasil, apresentam resistência para considerar o Kosovo um Estado soberano, tendo-o como parte do território sérvio.

3 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL

Em 1993, tendo em vista da situação de conflituosidade e sob pressão da comunidade internacional, que se mostrava estarrecida com as violências ocorridas nos Balcãs, o Conselho de Segurança da ONU determinou a criação de um Tribunal *ad hoc* para processar e julgar os responsáveis pelas violações ao direito humanitário internacional. Atuando sob as atribuições do Capítulo VII da Carta de São Francisco³, o Conselho de Segurança, na data do dia 25 de maio daquele ano, editou a Resolução 827, a qual instituiu o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (a diante, TPII).

Logo no início do documento, o Conselho de Segurança expressa sua preocupação com as graves violações a direitos humanos que estavam ocorrendo na região, como homicídios em massa, limpeza étnica, estupro massivo e sistemático, os quais consistiriam em uma ameaça à paz e segurança internacionais (ONU, 1993). Nesse sentido, de acordo com o órgão máximo da ONU, a instituição do TPII e a perseguição penal dos responsáveis seria uma medida capaz de suprimir os conflitos e restaurar a paz no local:

³ “Artigo 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais (ONU, 1945)”. Importante desde logo ressaltar que há controvérsias quanto a legalidade da criação do tribunal, mas que estas serão apreciadas em momento posterior (item 4).

Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them,

Convinced that in the particular circumstances of the former Yugoslavia the establishment as an ad hoc measure by the Council of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law would enable this aim to be achieved and would contribute to the restoration and maintenance of peace,

Believing that the establishment of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for the above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed (ONU, 1993, grifo original)

Do exposto, depreende-se que os objetivos do Conselho de Segurança, ao instituir o Tribunal, eram de, sobretudo, julgar os responsáveis pelas graves violações do direito humanitário internacional, buscar justiça às vítimas, cessar a violência, evitar crimes futuros, e contribuir para a restauração e manutenção da paz. Todavia, desde logo, é possível questionar a capacidade do Direito Penal de promover a reconstrução histórica necessária para atingir tais finalidades, bem como o potencial das ciências jurídico-criminais de apreender o conflito de tal dimensão em toda sua complexidade, considerando-se as particularidades políticas, sociais e culturais que influenciaram na conformação das disputas.

Outro ponto que foi alvo de críticas quando da edição da Resolução 827 pelo Conselho de Segurança, refere-se à jurisdição do TPII. Consta no referido documento, especificamente no item 2, que o Tribunal teria competência para julgar os crimes ocorridos desde 1º de janeiro de 1991, verificando-se o estabelecimento de uma jurisdição que retroage pelo período de dois anos, tendo em vista que a instituição

foi criada no dia 25 de maio de 1993. O artigo primeiro do Estatuto consagra a jurisdição sobre o referido lapso temporal:

Article 1

Competence of the International Tribunal

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute (ESTATUTO TPII, 1993).

A ideia de uma jurisdição retroativa é inteiramente incompatível com qualquer noção jurídico-penal que tenha por fundamento mínimo o devido processo legal, notadamente no que tange ao princípio da legalidade e ao princípio do juiz natural, constituindo uma situação de enorme insegurança jurídica para o réu e que deslegitima, assim, a racionalidade do procedimento penal. A preocupação com a segurança jurídica do réu, de forma que lhe seja garantido o direito de defesa, e que esteja ciente da possibilidade de ser processado e julgado pelos atos que cometer, por um Tribunal instituído por lei, é condição elementar que deve ser observada antes de alguém ser submetido a um processo penal.⁴

Além disso, é inevitável também que se questione, sob a dimensão garantística do princípio da legalidade, a própria legitimidade da criação do Tribunal, que se deu por meio de Resolução do Conselho de Segurança. Nesse sentido, apesar de parecer uma problemática unicamente formal, há enorme repercussão em termos de direitos e garantias fundamentais, bem como a formação de um

⁴ Vários documentos Internacionais consagram tal princípio como direito humano fundamental, dentre os quais destaca-se: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8.1); Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem (artigo 6.1); Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo 11).

precedente para a comunidade internacional lidar com situações controvertidas e problemáticas.⁵

Estas questões serão objeto de análise específica, de forma a verificar como foram alegadas pelos réus e, também, discutidas pelo próprio Tribunal à luz dos casos concretos. Entretanto, em um primeiro momento, é indispensável que se proceda a uma breve contextualização histórica e política da justiça penal internacional, no sentido de compreender os fundamentos que subjazem a temática do trabalho, o desenvolvimento do TPII como um todo e o que, de fato, pretende-se – ou se pode alcançar – com o direito penal internacional.

O Tribunal estabelecido para os conflitos da ex-Iugoslávia sucedeu aos Tribunais militares de Tóquio e Nuremberg, constituídos para processar e julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos no contexto da Segunda Guerra Mundial. Foram diversas as críticas feitas a estes Tribunais, no sentido de questionar a legitimidade jurisdicional, tendo em vista que representavam, em larga medida, a justiça dos vencedores sobre os vencidos. Neste sentido, Danilo Zolo inclusive denomina a justiça dos vencedores como “modelo Nuremberg”, fazendo uma crítica especialmente à autonomia e imparcialidade que (não) se verificou na estrutura judicial, apontando que:

(...) si el espacio de neutralidad está totalmente comprimido, nos encontramos frente al dramático oxímoron de la “justicia política”. Si se anula el principio *nulla culpa sine iudicio*, a causa de una atribución de culpabilidad decidida por los políticos mandantes que anticipa la sentencia, entonces la justicia es reabsorbida por la política, deviene su subalterna, la abastece de

⁵ Em que pese o Estatuto de Roma, ao menos inicialmente, solucionar a questão do precedente, parece inegável que a comunidade internacional não hesitaria em lançar mão de tal estratégia para casos eventualmente não abarcados pelo referido Tratado.

aditamentos simbólicos irracionales, incrementa la inmunidad, la discrecionalidad y la arbitrariedad del poder (ZOLO, 2006, p. 161).

Tais críticas foram também difundidas e protagonizadas, sobretudo, pelo legado da obra de Hannah Arendt (1999), que questionou as motivações do Tribunal por uma evidente parcialidade dos julgamentos e pelo próprio fundamento das penas ali aplicadas, que se apresentavam inadequadas para qualquer um dos fins que se pretendesse com ela (prevenção geral ou especial). É neste sentido que se aponta como um dos objetivos dos tribunais internacionais parece ser mais “estabelecer a verdade dos acontecimentos” e, então, habilitar nas vítimas um processo de cura e superação, do que o próprio juízo acerca da responsabilidade penal do indivíduo (KOSKENNIEMI, 2002, p. 3, tradução livre).

Dessa forma, para que tais objetivos sejam atingidos, converte-se o referido julgamento em *show trial*, pois é a única alternativa que permite que identificar os supostamente necessários propósitos didáticos da justiça criminal internacional, diante das inúmeras contradições que surgem pelas diferentes narrativas das partes, confusões documentos e lapsos de memórias das testemunhas (KOSKENNIEMI, 2002). Tendo em vista tais problemáticas, o Tribunal Penal Internacional instituído para a ex-Iugoslávia, precisava superar estas críticas e, assim, permitir que se avançasse no sentido de firmar uma justiça penal universal.

4 O CASO “TADIC”

Pelas problemáticas apresentadas até então, faz-se necessário a referência ao caso concreto, para verificar o funcionamento do tribunal e de sua jurisdição no plano da realidade material. Nesse

sentido, o caso de Dusko Tadic (aka “Dule”) foi eleito como paradigma desta análise por ter sido o primeiro indivíduo submetido ao TPII. Consequentemente, as discussões levantadas em seu julgamento foram absolutamente inovadoras, fundamentais para questionar as contradições do TPII e, assim, estabelecer quais diretrizes orientariam a atuação da justiça criminal internacional.

Serão duas as principais decisões às quais se referem os argumentos aqui apontados: a primeira, da Câmara de Julgamento, de 10 de agosto de 1995, em que se discutiu as preliminares arguidas pela defesa quanto a legitimidade da jurisdição do tribunal; e a segunda, de 02 de novembro de 1995, na qual a Câmara de Apelação julgou o recurso da defesa interposto em face da decisão anterior. A defesa de Tadic questionou a jurisdição do TPII a partir de três principais fundamentos: a) ilegalidade da criação do Tribunal; b) ausência de primazia sobre a jurisdição nacional; e c) incompetência *ratione materiae* para processar e julgar Tadic.

4.1 Ilegalidade da criação do Tribunal

De acordo com o acusado, a medida adotada pelo Conselho de Segurança de criar um Tribunal Penal seria politicamente motivada, por exceder os poderes que lhe foram conferidos na Carta de São Francisco e, ainda, seria ilegal por desrespeitar as garantias fundamentais que determinam que o órgão judicial deve ser devidamente estabelecido por lei. Nesse sentido, o Conselho de Segurança, por se tratar de um órgão político por essência não poderia criar, por meio de Resolução, um tribunal independente e imparcial. Diferente seria se tal medida fosse prevista em Tratados Internacionais ou proposta através de emenda à Carta da ONU, o que, certamente, evidenciaria maior democratização e legitimação da instituição.

O Tribunal, ao ser provocado para decidir sobre tal questão, de fato reconhece a dimensão política da atuação do Conselho de Segurança, entretanto, entende que esta não privilegia os membros permanentes do órgão, mas atua no sentido de dar efetividade à Carta da ONU, balizado pelos princípios ali positivados. Além disso, o TPII foi concebido como órgão de jurisdição criminal e, portanto, não poderia assumir a função constitucional de revisar a legalidade das decisões do Conselho de Segurança (TPII, par. 5, 1995a). Assim, apesar de ser um órgão subsidiário, a atuação do Tribunal seria estritamente legal e delimitada às disposições de seu Estatuto, de forma independente das vontades dos membros do Conselho de Segurança.

No que tange à fundamentação legal, a defesa de Tadic fez objeções à ausência de previsão legal no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, sobretudo nos artigos 41 e 42, de dispositivo expresso que autorizasse a criação de um Tribunal *ad hoc*, para fins de restaurar a paz na ex-Iugoslávia. Quanto a este aspecto, a Câmara de Julgamento entendeu que o Conselho de Segurança estava agindo dentro da sua função abstrata de promoção da paz, enquanto que a Câmara de Apelação do TPII, por outro lado, entendeu que o órgão máximo da ONU não teria discricionariedade para adotar qualquer medida no cumprimento de suas funções previstas no artigo 39 (ver nota de rodapé 3); e, assim, as medidas adotadas devem estar previstas nos artigos 41 e 42⁶. Ainda que por fundamentos distintos, ambas as

⁶ Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas (grifo nosso).

instâncias decidiram pela legitimidade da criação do Tribunal, prevalecendo a argumentação de que esta medida estava devidamente fundamentada no artigo 41, especificamente quando este dispõe sobre as “medidas que não envolvam o uso da força” (TPII, par. 34-35, 1995b).

Por fim, quanto ao fato de o TPII ter sido instituído por Resolução do Conselho de Segurança e não por lei, o réu questionou sobre a possível violação da garantia fundamental de que os Tribunais devem ser instituídos por lei (*established by law*). Nesse sentido, o TPII realizou uma interpretação ampliativa do conceito, dispondo que, no âmbito internacional, pela ausência de um poder legislativo propriamente dito, os órgãos judiciais devem atuar de acordo com os princípios do Estado de Direito (*rule of law*), de forma a viabilizar um julgamento justo, imparcial e limitado pelo conteúdo dos direitos humanos:

42. (...) Such a court [international] ought to be rooted in the rule of law and offer all guarantees embodied in the relevant international instruments. Then the court may be said to be “established by law”. (...) 45. The third possible interpretation of the requirement that the International Tribunal be “established by law” is that its establishment must be in accordance with the rule of law. This appears to be the most sensible and most likely meaning of the term in the context of international law. For a tribunal such as this one to be established according to the rule of law, it must be established in accordance

Artigo 42. No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas (ONU, 1945).

with the proper international standards; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments. (...) The important consideration in determining whether a tribunal has been “established by law” is not whether it was pre-established or established for a specific purpose or situation; what is important is that it be set up by a competent organ in keeping with the relevant legal procedures, and should that it observes the requirements of procedural fairness (TPII, 1995b).

Tem-se a ideia de que a necessidade de um Tribunal estabelecido por lei, em sentido estrito, é uma obrigação que se refere apenas aos Estados, sobretudo pela clara divisão de poderes desta estrutura, na organização das respectivas jurisdições internas. No que tange ao TPII, o princípio da legalidade estaria balizado pela existência de um estatuto e de regras de procedimento preocupados com a garantia de um julgamento justo e com a paridade de armas, os quais supririam a necessidade do requisito legislativo (TPII, 1995b, par. 46).

4.2 Impossibilidade de se conferir primazia sobre as jurisdições nacionais

O artigo 9 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia dispõe sobre a primazia da jurisdição internacional sobre as cortes nacionais, inclusive prevê que, a qualquer momento, o TPII pode requisitar que a justiça doméstica submeta sua competência à jurisdição internacional. A defesa de Tadic declarou que tal primazia é injustificada e fere o princípio do *jus de non evocando*, segundo o qual ninguém pode ser impedido de ser julgado por tribunal nacional. A questão levanta duas problemáticas importantes referentes à soberania estatal e aos direitos fundamentais.

No que tange à soberania, a Câmara de Julgamento sequer considerou os fundamentos apresentados pelo réu, sob a justificativa de que o indivíduo não poderia fazer tal alegação, tendo em vista que esta é uma prerrogativa do Estado Nação e, consequentemente, apenas por ele pode ser alegada. Além disso, tanto a Alemanha (local em que foi detido) quanto a Bósnia-Herzegovina, os países envolvidos com a acusação do réu, aceitaram a jurisdição do TPII e, portanto, o acusado não poderia reclamar direitos de soberania aos quais os próprios países haviam renunciado (TPII, 1995a, par. 41).

Outrossim, os crimes cometidos por Tadic eram de natureza universal, violaram o direito humanitário internacional e, portanto, transcendem o interesse dos Estados. Nesses casos, pela gravidade do delito, que abala todas as nações do mundo, a soberania estatal não poderia anteceder o direito da comunidade internacional de responderem a tais condutas (TPII, 1995a, par. 42).

No âmbito recursal, a Câmara de Apelação alterou o entendimento da instância anterior, reconhecendo que não apreciar o argumento trazido pelos advogados de Tadic violaria o direito à defesa plena, sobretudo pelo questionamento estar relacionado com um importante fundamento do direito internacional (soberania), bem como pela gravidade da situação que coloca em jogo a liberdade do acusado (TPII, 1995b, par. 55).

Entretanto, apesar da dimensão garantista externada no posicionamento da Câmara de Apelação, admitiu-se a relativização da soberania a partir de três pontos: o primeiro, com relação a própria Carta da ONU que, em seu artigo 2, parágrafo 7, estabelece que as Nações Unidas não podem intervir em matérias que sejam essencialmente domésticas, mas tal princípio não deve prejudicar a aplicação das medidas previstas no Capítulo VII; o segundo, refere-se a aprovação e colaboração da Bósnia-Herzegovina com a justiça

internacional, evidenciando a aceitação de tal jurisdição; e, por fim, os próprios movimentos de globalização e de valorização de direitos humanos, os quais colaboraram para a relativização da soberania, na medida em que tal questão deixou de ser um princípio sacrossanto do direito internacional, configurando nova base axiológica sobre a qual se funda a ordem internacional (TPII, 1995b, par. 55-57):

58. (...) It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and as a protection for those who trample underfoot the most elementary rights of humanity (TPII, 1995b, par. 58)

Além da relativização da soberania, é este mesmo raciocínio que fundamenta a primazia do Tribunal Internacional e a não violação do *jus de non evocando*. A essência do princípio é a de evitar a criação de cortes especiais que julguem delitos políticos em tempos de instabilidade social, sem a garantia de um julgamento justo. Apesar de o acusado ter sido removido de sua jurisdição nacional, ainda assim será submetido a um julgamento supostamente imparcial, mais distante dos fatos, em que todas as garantias estarão asseguradas no respectivo Estatuto (TPII, 1995b, par. 62).

É importante notar tais construções argumentativas porque, a partir disto, evidencia-se a preocupação do TPII em justificar sua atuação e legitimar os instrumentos internacionais de persecução penal, a partir da noção de proteção de direitos humanos no âmbito internacional. Contudo, é preciso ter em mente que o respeito às normativas legais em matéria de direitos humanos não deve apenas ser entendido a partir da doutrina positivista de observância formal-legalista aos tratados e documentos internacionais.

O processo de construção e o movimento de valorização de direitos humanos deve também ser compreendido a partir da perspectiva materialista que os concebe como fruto de conquistas sociais, em decorrência de lutas históricas motivadas pela desigualdade política, econômica ou social. Assim, evita-se que sejam percebidos como “benefícios que o poder público concede” ao respeitar as garantias fundamentais, uma vez que são estas garantias que justamente devem condicionar a atuação das instituições e não o inverso (CARVALHO, 2008, p. 493).

Entretanto, verifica-se que esta dimensão material da garantia de direitos humanos não é levada em consideração, tendo em vista que as diferentes instâncias reconhecem a relevância dos argumentos de TADIC, passam a analisa-los, mas isto não repercute em termos efetivos de garantia. Há apenas uma alteração no fundamento argumentativo, o que evidencia a preocupação maior em se construir narrativas de justificação formalista, melhor adequadas às decisões que já estavam tomadas.

4.3. A incompetência *ratione materiae*

A discussão referente a temática da competência no caso Tadic se deu, principalmente, com base nos artigos 2, 3 e 5 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, os quais se referiam, respectivamente, às graves violações às Convenções de Genebra, às violações das leis e costumes de guerra e aos crimes contra a humanidade. De plano, importa ressaltar que esta é uma situação em que o Tribunal se autoinvestiu a competência para julgar sobre sua própria competência, dando uma resposta favorável para si, o que seria fácil de se prever, especialmente porque uma decisão contrária

significaria afrontar a própria Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU (ZOLO, 2006).

A defesa sustentou seus argumentos alegando que o Tribunal apenas seria competente para julgar os crimes ocorridos no âmbito internacional, o que não ocorria no caso da ex-Iugoslávia, já que se tratava de conflito interno materializado na retomada de poder político pelos sérvios. Dessa forma, não haveria que se falar em violação ao direito internacional humanitário, afastando, consequentemente, a aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais referente à matéria. Portanto, a atuação do TPII, ao atribuir responsabilidade criminal individual, poderia representar uma interferência na soberania estatal, assim como uma violação ao princípio da legalidade.

As construções jurisprudenciais de ambas Câmaras se deram no sentido de entender todo o sistema de regras do direito humanitário internacional como de natureza costumeira, permitindo que sejam aplicadas, também, a conflitos internos. Evidentemente que tal classificação foi embasada em posições doutrinárias e evidências empírico-normativas que corroboraram com a adoção do respectivo entendimento, conforme é possível observar no trecho da decisão abaixo:

69. The customary international law doctrine of recognition of belligerency allows for the application to internal conflicts of the laws applicable to international armed conflict, thus ensuring that even in a non-international conflict individuals can be held criminally responsible for violations of the laws and customs of war. Additionally, some national military manuals and laws emphasize the criminal nature of acts within common Article 3. For example, the United States Army regards violations of common Article 3 as encompassed by the notion of war crimes, thus empowering it to prosecute

captured military personnel for war crimes if they were accused of breaches of common Article 3 (...) (TPII, 1995a)

Contudo, a simples referência a leis costumeiras não era suficiente para fundamentar a competência do TPII, de forma que a Câmara de Apelação construiu um método hermenêutico, fundado na interpretação literal, teleológica e lógica e sistemática, para estender a jurisdição do Tribunal aos conflitos armados nacionais. Quanto à primeira, o artigo 5º, referente a crimes contra a humanidade, expressamente menciona “conflito armado de caráter internacional ou nacional” na definição da competência do Tribunal. Dessa forma, a natureza e a extensão espacial do conflito não influenciariam a questão da jurisdição no que tange aos crimes contra a humanidade.

No que tange às interpretações teleológica e lógica e sistemática, o TPII considerou os objetivos do Conselho de Segurança da ONU na Resolução 827, bem como as tendências do direito internacional a época de proteção a direitos humanos.⁷ O objetivo do órgão das Nações Unidas era que a medida de criação do Tribunal contribuísse para o fim do conflito, bem como para promoção da paz e segurança na região, e seria ilógica a criação de um Tribunal com competência para processar e julgar apenas as violações classificadas como pertencentes a um conflito internacional, quando os redatores da proposta sabiam que os conflitos poderiam ser classificados como internos, internacionais ou, ainda, ambos (TPII, 1995b, par. 78).

Além disso, analisando de forma sistemática e integrada a legislação humanitária internacional, verifica-se que a natureza costumeira atribuída às violações do direito humanitário é justamente para que os princípios tenham capacidade de proteger a população civil

⁷ Cumpre destacar que a referida tendência de proteção possui viés ocidentalizado quanto à concepção do conteúdo e extensão de direitos humanos.

em conflitos armados, independentemente da natureza do conflito. Apesar da expressão “leis e costumes de guerra” remeter a uma situação de conflito internacional em que se enfrentam, no mínimo, dois Estados, o TPII entendeu que se trata de um termo utilizado para fazer referência às Convenções Haia (cuja aplicação principal é dentro do contexto internacional). Todavia, a jurisprudência e a doutrina internacionais passaram por um movimento em que optaram por utilizar a expressão “conflito armado” ou “leis humanitárias internacionais” para a mesma classe de conflitos, no sentido de conferir maior proteção aos indivíduos envolvidos em tal relação (TPII, 1995b, par. 87).

A atuação do TPII nesta questão revela a “inversão ideológica do sentido histórico dos direitos humanos” – o qual sempre fora de limitação do poder punitivo –, na medida em que absorve interesses coletivos, estendendo e ampliando o poder punitivo (CARVALHO, 2008, p. 495). Nesse sentido, Salo de Carvalho explica que este processo deriva de uma falsa hierarquização do conteúdo de direitos humanos:

Segundo esta perspectiva, em face da inexistência de direitos absolutos – tese que invariavelmente atinge apenas os direitos de primeira geração –, quando da contraposição entre interesses individuais e coletivos e/ou institucionais, os critérios de resolução permitiram a relativização daqueles (individuais) em nome da prevalência destes (coletivos ou institucionais). Os princípios de garantia dos direitos individuais, portanto, seriam preteridos em relação aos demais, sendo momentaneamente afastados como forma de assegurar a efetividade dos interesses sociais/públicos (CARVALHO, 2008, p. 496).

Entretanto, é fundamental que se tenha como paradigma o fato de que o respeito às garantias individuais também é pressuposto de interesse público, que assegura a legitimidade de todo procedimento

criminal instituído sob a racionalidade moderna de limitação do poder punitivo. Não se pretende aqui diminuir a gravidade dos acontecimentos, nem mesmo questionar a necessidade de tutela penal dos interesses humanitários, mas sim evidenciar que não há alternativa entre relativização de direitos individuais e coletivos ou institucionais, sobretudo no direito penal.

Novamente, assim como em todos os outros pontos alegados pela defesa, a Câmara de Apelação centrou esforços em construir o que parece ser uma fundamentação mais rebuscada da mesma decisão da instância inferior, na tentativa de estabelecer uma justificativa permanente e impassível de questionamento. Especialmente diante da impossibilidade de autodeslegitimação do próprio Tribunal, bem como da postura adotada pelo Conselho de Segurança, a retórica argumentativa levada a cabo pelas instâncias do TPII assemelha-se mais a um justificar algo, do que a um decidir algo.

5 ENTRE A VERDADE E A POLÍTICA

Tendo em vista a construção de justificativas preocupadas com a proteção de direitos humanos, é importante analisar em que medida tais considerações também puderam ser relativizadas. Nesse sentido, adota-se como parâmetro os bombardeios realizados pela OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), pela repercussão midiática⁸ e por se apresentar como uma contraposição aos que estavam sendo julgados no âmbito do TPII. Após os ataques, no dia 13 de maio de 1999 a procuradora do TPII, Louise Arbour, fez a seguinte declaração:

⁸ Cf. PERES, 2009 (especialmente o capítulo 2 – notas sobre imprensa e jornalismo internacional no Brasil)

On 24 March 1999, 19 European and North American countries have said with their deeds what some of them were reluctant to say with words. They have voluntarily submitted themselves to the jurisdiction of a pre-existing International Tribunal, whose mandate applies to the theatre of their chosen military operations, whose reach is unqualified by nationality, whose investigations are triggered at the sole discretion of the Prosecutor and who has primacy over national courts (ARBOUR apud KOVACS, 2000, p. 123)

É evidente a manifestação de descontentamento externada pela procuradora com relação às condutas levadas a cabo pela OTAN, sob a justificativa de que estariam promovendo uma intervenção humanitária, em que pese as mortes de civis e alvos não militares atingidos nas ocasiões. Coincidentemente ou não, em setembro do mesmo ano, Arbour resignou-se de seu posto, sendo substituída pela procuradora Carla del Ponte, a qual, apesar dos relatórios recebidos do Observatório de Direitos Humanos, da Anistia Internacional e da República Federativa da Iugoslávia, declarou ao Conselho de Segurança da ONU que não havia fundamentação legal para se abrir uma investigação com relação aos supostos crimes de guerra cometidos pela OTAN (COTÉ, 2005).

Dessa forma, o que se pretende demonstrar com a disparidade de atuação do TPII é a existência de uma decisão previamente tomada (ainda que não de forma expressa), para a qual foram construídos fundamentos justificantes, em razão da enorme influência do fator político sobre o decisório. E, ainda, isto é reforçado pela negativa do Tribunal de sequer investigar a OTAN, assegurando que há, além dos fundamentos jurídicos, a existência de uma dimensão política da justiça internacional que conflita com os princípios objetivos relativos à legalidade estrita e segurança jurídica, tão caros ao direito penal.

Não se pretende diminuir a relevância nem a gravidade dos conflitos havidos na ex-Iugoslávia, os quais acabaram em milhares de mortos e deixaram um legado de tristeza para os povos envolvidos. Estas questões são de extrema importância e merecem a atenção da comunidade internacional, a qual, de forma organizada, pode estabelecer medidas que auxiliem na restauração da paz, bem como na reparação histórica e recuperação da dignidade das vítimas. Entretanto, em se tratando de uma medida de natureza jurídico-penal, não se pode perder de vista que, do outro lado, está o acusado, que enfrenta alegações muito severas e é imprescindível que lhe seja garantido um julgamento justo e imparcial (KLIP, 1997).

É inegável a complexidade dos crimes internacionais, os quais envolvem uma série de fatores históricos, culturais, econômicos e sociais, e que tais delitos não podem ser tratados sob o paradigma clássico do direito penal, que abriga noções de culpabilidade e vitimização individualizadas, como no caso do homicídio, roubo ou furto. Nesse sentido, para a determinação da responsabilidade em tempos de exceção é preciso que sejam consideradas as dimensões que fundamentam a verdade histórica sob as diferentes perspectivas envolvidas. Conforme preleciona Todorov, são acontecimentos por demais complexos para serem enquadrados sob o binômio culpado/inocente:

A justiça não aspira a uma equidade histórica, ela instrui para acusar e defender: a verdade factual é colocada a serviço de um objetivo, ela é instrumentalizada. E a justiça conhece apenas dois extremos: sim/não, culpado/inocente, enquanto a verdade histórica situa-se frequentemente em alguma parte do meio-termo. Mais do que o preto no branco, encontra-se na vida fora dos tribunais múltiplos tons de cinza (TODOROV, 2004, p. 38).

Diante de tal complexidade, a perspectiva que enquadra a justiça criminal internacional como instrumento de verdade e memória é o argumento que mais tem sido utilizado para responder às críticas da aplicação da lei penal em âmbito universal. Koskeniemi aponta que a reconstrução histórica dos acontecimentos através do processo penal e o reconhecimento público das violações havidas são apresentados como necessários para permitir que se comece um processo de cura e de restauração da dignidade das vítimas:

Recording “the truth” and declaring it to the world through the criminal process has been held important for reasons that have little to do with punishment of the individual. Instead, it has been thought necessary so as to enable the commencement of the healing process in the victim: only when the injustice to which a person has been subjected has been publicly recognized, the conditions for recovering from trauma are present and the dignity of the victim may be restored. Facing the truth of its past is a necessary condition to enable a wounded community – a community of perpetrators and victims – to recreate conditions of viable social life (KOSKENIEMI, 2002, p. 4).

O intuito é o de que seja possível um registro imparcial do passado, bem como demonstrar às novas gerações os perigos de determinadas escolhas políticas (KOSKENIEMI, 2002). Entretanto, a imparcialidade muitas vezes não passa de um mito que é utilizado como justificativa para legitimação do Tribunal, tendo em vista que são inúmeros os fatores e instituições que podem influenciar o julgamento, de maneira direta ou indireta. Nesse sentido, é importante questionar qual a verdade que é construída dentro do processo? E quais os instrumentos que o Direito Penal possui para orientar esta busca de maneira imparcial?

A atuação da procuradoria, por exemplo, é um importante mecanismo que auxilia na construção de uma narrativa processual e, posteriormente, pode ser ratificada ou não pelos juízes do Tribunal, validando tal narrativa como verdade histórica. Dessa forma, a instituição precisa dar publicidade aos critérios que orientam a escolha dos indivíduos sobre os quais irá recair a persecução penal, para evitar a politização do processo, o que conflitaria com a racionalidade jurídico-penal de limitação do poder punitivo.

Contudo, a discricionariedade da procuradoria para selecionar quais indivíduos responderão pelos crimes de vários levanta críticas quanto a imparcialidade de tal escolha, tendo em vista que, a depender de quem sejam os alvos da justiça penal, constrói-se uma narrativa processual diferente. E, nesse sentido, Luc Côté alerta para uma possível divergência com relação às finalidades clássicas do processo criminal:

This is not to say that there was no evidence against these suspects or that the crimes committed were not of a serious nature, but rather that the decision to indict them was not based only on the evidence available, but also on arguably legitimate political considerations about the mandate of international criminal justice and the survival of the new judicial institutions. (...) Prosecutors' 'choices' become even more fundamental considering the 'raison d'être' of international criminal courts seen as tools that are meant to restore and maintain peace and, in some cases, to contribute to national reconciliation in profoundly divided societies (COTÉ, 2005, p. 169-177)

A própria condição de existência humana das pessoas que compõem tais instâncias impede que se atinja um nível de completa neutralidade, pois os indivíduos sempre estarão, em certa medida, condicionados por fatores psicológicos, emocionais, ético-políticos e valores individuais (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, a ideologia é

um mecanismo de significação que estrutura o discurso e a compreensão da realidade, de modo que está presente no simbolismo entre o que é dito e não dito, sendo que tais simbologias são reproduzidas inclusive de forma inconsciente (ORLANDI, 2000).

One may also want to ensure that the decisions seem to emanate from some external logic or method that is neutral among the participants, that what is at work is not really ‘one’s’ method but the universal (or ‘scientific’) method – or, even better, that at work is not a ‘method’ at all but reality itself. There is nothing that would be new or out of order in this process – apart from the fact that the struggles are described in the neutral language of expertise. This hides or obscures the contingent nature of the choices made, the fact that at issue is structural bias and not the application of some neutral economic, environmental, human rights, or security reason. To this extent the vocabularies act as ‘ideologies’ in the technical sense of reifying, making seem necessary or neutral something that is partial and contested.” (KOSKENNIEMI, 2009, p. 11-12)

Especialmente diante de conceitos amplos que permitem várias interpretações, como a questão relativa a direitos humanos, a busca da verdade, a restauração da dignidade das vítimas ou a promoção da paz, por exemplo, é inegável a existência de um espectro político-valorativo com potencial para permear as instâncias decisórias do TPII, que foi muito aproveitado pelos juízes, evidentemente. Todavia, a problemática se apresenta quando a orientação político-ideológica é unilateral, hierarquizada e reproduz as desigualdades políticas ao invés de promover a emancipação social de diferentes grupos culturais, étnicos e/ou religiosos.

Nesse sentido, a verdade a qual se faz referência neste artigo não se trata do conceito metafísico e inatingível, segundo o qual se retoma a dimensão dos fatos exatamente como se deram. O conceito

de verdade está relacionado com a narrativa dominante e como esta consegue imprimir validade e legitimação ao modo como os acontecimentos ocorreram, materializando esta perspectiva dos fatos na realidade em si. Entretanto, é uma perspectiva contextual que pode ser contestada por outras narrativas:

E se a verdade sempre for instrumental? E, por isso, não há nenhuma essência nem na realidade nem na verdade. Apenas ponto de vista e conveniência contextual. Processo é narrativa – acusatória e defensiva – e a busca da verdade seria/é exercício do poder. A defesa está totalmente fora dessa perspectiva de exercício do poder. Por isso, explica-se o processo ser limitador do poder e garantidor de direitos. Bom, como manter a busca da verdade como legitimador punitivo? (MINAGÉ, 2020, p. 12)

Assim, abre-se espaço para politização da justiça penal internacional, notadamente no que tange ao exercício do poder punitivo. Não há meios jurídico-penais para reparar a morte de mais de 200 mil pessoas, a prisão ou condenação dos indivíduos responsáveis por tais violações, em certa medida, até pode satisfazer o sentimento de vingança, mas não possui potencial para proteger os direitos humanos violados, resgatar a dignidade das vítimas nem evitar crimes futuros. Entretanto, ao se utilizar tais justificativas para legitimação do TPII, blinda-se a justiça penal internacional de qualquer espécie de crítica, tornando-a inatacável.

Reforça-se, portanto, o discurso dos direitos humanos apenas na medida em que esse discurso é útil para o poder internacional, não como forma de construção de uma realidade internacional que efetivamente se dedique à garantia de tais direitos. É uma garantia meramente retórica, portanto, mas apoiada em uma fundamentação ética indiscutível, capaz de transformar os críticos da

justiça penal internacional em inimigos dos direitos humanos. (DISSENHA, 2019, p. 245-246)

A pena não é mais que um instrumento utilizado para a reprovação social seletiva da conduta perpetrada na situação de conflito e, assim, demonstrar o poder da comunidade internacional. O que importa é fazer justiça contra aqueles que desafiam o discurso hegemônico e não solucionar as situações que contribuíram para o conflito social, como relativas a desigualdade, opressão e intolerância (DISSENHA, 2019). A exploração do sofrimento das vítimas legitima as mais diferentes violações, sobrepondo-se aos limites racionalizadores do poder punitivo.

Diante do distanciamento entre as funções declaradas e as funções reais da justiça penal internacional, é evidente que esta cumpre finalidades outras que a externada no discurso universalista de proteção a direitos humanos. Assim, verifica-se a construção de uma narrativa de base axiológica ocidentalizante, que reproduz as relações de poder e falha na universalização de direitos humanos, na medida em que estes são violados pelas diferentes partes envolvidas. Todavia, conforme afirma Zaffaroni, “a única realidade na questão criminal são os mortos” (ZAFFARONI, 2013, p. 11).

Portanto, não há que se falar em capacidade do processo penal, sobretudo aquele promovido no âmbito internacional, de efetivamente possibilitar uma reparação histórica às vítimas de ações violentas e promover a paz na região, conforme pretendia a Resolução 827 do Conselho de Segurança de ONU. Há uma justiça, um mecanismo de proteção a direitos humanos que é muito contextual, pouco universal e, ainda, produz uma narrativa histórica politicamente orientada.

6 CONCLUSÃO

O raciocínio argumentativo que conferiu legitimidade ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia esteve centrado em uma perspectiva de valorização e proteção de direitos humanos, em razão da gravidade e da natureza do conflito, que comoveram o mundo após a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, conceder tal prerrogativa ao poder punitivo abre espaço para a politização da justiça criminal, na medida em que contribui com a inversão ideológica do conteúdo de direitos humanos, hierarquizando-os conforme a ideologia dominante.

No sentido de superar as críticas feitas aos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, o TPII necessitava de um fundamento com base na autonomia e imparcialidade, ainda que construído de forma retórica, para justificar sua sobrevivência no cenário internacional. A comparação entre as duas decisões do caso TADIC, notadamente em sede de primeira e segunda instância, demonstra que ambas produzem o mesmo resultado material, mas a densidade e o aprofundamento teórico da última evidenciam a busca por um fundamento argumentativo incontestável, ainda que se distanciasse da garantia material de direitos humanos.

Com isso, retoma-se a crítica de Koskenniemi (2002), segundo a qual tais objetivos somente podem ser alcançados quando o julgamento é convertido em um *show trial*, para que, então, os propósitos didáticos permaneçam e se sobressaiam sobre os princípios e limites do direito penal. Assim, se é *show trial*, já há um enredo prévio, estão pré-determinados os papéis a serem interpretados e, principalmente, o desfecho do espetáculo. O relacionamento da promotoria com a OTAN, bem como o tratamento diferenciado dispensado a instituição, quando esta aproximou-se do banco dos réus, apenas reforça este cenário, bem como as imbricações políticas na estrutura da justiça penal internacional.

Da mesma forma, é evidente que a condenação ou absolvição de qualquer indivíduo não tem potencial para reafirmar direitos humanos, pois não contribui para emancipação social de grupo minoritários. Sendo assim, a estrutura da justiça penal internacional não cumpre com as funções declaradas e, ainda, abre espaço para construção de narrativas políticas que reforçam a hierarquização das relações de poder. A construção do que é tido por verdade, portanto, ocorre a partir de critérios pré-orientados e incompatíveis com a ideia de limitação do poder punitivo e racionalização jurídico-penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Antônio Roberto Hildebrandi, 3 ed. Leme: EDIJUR, 2020.

CARVALHO, Salo de. Criminologia, garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: ensaio sobre o exercício dos poderes punitivos. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo [et. al.]. **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. **Resolução 827**. Index: S/RES/808, 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://unscr.com/files/1993/00827.pdf>. Acesso em 23 nov 2020

_____. **Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia**. Adotado em 25 de maio de 1993. Disponível em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em 23 nov 2020

COTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice** 3 (2005), p. 162-186.

DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada;. (Org.). **Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 223-252.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

FIGUEIREDO, Marcos Vinícius Mesquita Antunes de. **Direitos Humanos, interdependência moral e a redefinição do uso da força pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas: o caso UNPROFOR**. 2006. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Rio de Janeiro, 2006.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Dusko Tadic aka “DULE”**. Caso n IT-94-1 (“Prijeedor”). Trial Chamber. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Decisão de 10 de Agosto de 1995 (1995a).

_____. **Prosecutor v. Dusko Tadic aka “DULE”**. Caso n IT-94-1 (“Prijeedor”). Appeals Chamber. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Decisão de 02 de outubro de 1995 (1995b).

KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 6, 2002, p. 1-35.

_____. The Politics of International Law – 20 years later. In: **European Journal of International Law**, vol 20, n. 1, 2009.

KOVACS, Peter. Intervention armée des forces del’OTAN au Kosovo, In: **International Review of the Red Cross**, n. 837, 2000, p. 103-128.

MINAGÉ, Thiago Miranda. A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 10-14, out. 2020.

PERES, Andréa Carolina Schvartz. **Enviado especial à...: uma análise antropológica da cobertura da imprensa brasileira das guerras na ex-Iugoslávia (anos 90)**. 2005. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Campinas, 2005.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em 25 nov 2020.

KLIP, André. The Decrease of Protection of Human Rights Treaties in International Criminal Law. In: **International Review of Penal Law**, 1997, vol. 68, 1-2, p. 291.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos 2. ed. Campinas: Pontes, 2000.

TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZOLO, Danilo. **La Justicia de los Vencedores**: de Nuremberg a Bagdad. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007.