

DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE GENOCÍDIO PELA CIJ

.....
Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva

Professor Doutor, de Direito Penal e Direito Internacional na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e na Universidade Federal de Minas Gerais.

Roberta Cerqueira Reis

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESUMO

Este artigo visa a discutir as especificidades de um julgamento internacional envolvendo graves violações de Direitos Humanos e a maneira como o judiciário internacional aborda a questão, notadamente, a Corte Internacional de Justiça. Discute-se a importância do judiciário no reconhecimento das vítimas e a sua influência na formação da memória do conflito, podendo (ou não) contribuir para a sua superação e recomposição do tecido social. Realiza-se uma breve revisão sobre como o assunto é tratado nas Cortes especializadas em Direitos Humanos e pelos Tribunais Penais Internacionais para, finalmente, analisar como a Corte Internacional de justiça trabalha a questão. Ao final tem-se um estudo de caso envolvendo o julgamento pela Corte Internacional de Justiça da demanda Bósnia VS. Iugoslávia (Sérvia) e Croácia VS. Sérvia discutindo o descumprimento da Convenção de Genocídio no contexto da dissolução da Ex-Iugoslávia.

Palavras chave

Memória; reconhecimento; genocídio; Corte Internacional de justiça; Balcãs

ABSTRACT

This paper addresses the specificities of international trials of gross human rights violations and how international courts approach this issue, notably, the International Court of Justice. We discuss the importance of international trials in recognizing victims

and how they can influence the construction of their memories and overcoming trauma and rebuilding social tissue. We revise how International Courts specialized in Human Rights and International Criminal Tribunals have been dealing with the matter so that we can, finally, address the International Court of Justice. In conclusion, there is a case study of the trials before the ICJ regarding violations to the genocide convention in the dissolution of the former Yugoslavia, case Bosnia vs. Former Yugoslavia (Serbia) and Croatia VS. Serbia.

Keywords

Memory; recognition; genocide; International Court of Justice; Balkans.

1. INTRODUÇÃO

A justiça internacional tem sido colocada, muitas vezes, como condição para a paz. A própria Carta das Nações Unidas, em seu preâmbulo, sugere essa ideia de uma justiça que supera o uso da força.

Com base neste sonho de uma justiça internacional que aplaque a necessidade de os Estados recorrerem ao uso da força houve um crescimento significativo do número de cortes e tribunais internacionais, especialmente vinculados ao tema de direitos humanos, como os Tribunais Penais Internacionais, os Tribunais híbridos, as Cortes Regionais de proteção dos Direitos Humanos e muitos outros.

Os adeptos deste pensamento defendem que apenas um julgamento pode ser capaz

de colocar fim aos sentimentos de vingança privados. "Criminalizar a guerra, acrescentam, torna-a ainda mais terrível"¹. Este sentimento de paz pela justiça alimenta o sonho do direito que supera a violência.

A incapacidade da justiça internacional em prevenir ou impedir catástrofes humanitárias tem causado ceticismo com relação às promessas de um direito que supere a força. Tenta-se fortemente separar o direito internacional da política internacional e isto tem impossibilitado uma compreensão mais ampla da capacidade de um julgamento internacional, esvaziando de significado as cortes internacionais.

A ideia de que ao Direito compete julgar e à política agir parte do pressuposto de que a justiça se apresenta *a posteriori*, depois que os eventos já se desenrolaram e apenas cumprem o papel de destacar fatos atomizados do contexto de uma histórica consumada. A justiça se sentaria na confortável cadeira do *post facto* e daria uma conotação moral aos fatos históricos.

A abordagem minimalista de que o direito deve se ater apenas à aplicação da lei (*law, nothing but the law*) angariou adeptos juristas e políticos. O julgamento não deve pretender escrever história, para não perder sua objetividade. Além disso, argumentam os críticos, a história escrita nos tribunais é limitada e míope devido às limitações típicas do procedimento judicial.

Hannah Arendt² deixa essa posição clara em seu livro emblemático, *Eichmann em Jerusalém*, quando critica fortemente a posição da promotoria que falava em nome das vítimas e julgou todo o nacional-socialismo na figura de Eichmann. Em *Responsabilidade e Julgamento* a filósofa postula:

Pois como os juízes se deram o trabalho de apontar explicitamente, na sala de um tribunal não está em julgamento um sistema, uma história ou tendência histórica, um ismo, o antisemitismo, por exemplo, mas uma pessoa, e se o réu é por acaso um funcionário, ele é acusado precisamente porque até um funcionário ainda é um ser humano, e é nessa qualidade que ele é julgado.

O julgamento deve se ater às provas e testemunhas e não se aventurar em relatos históricos que não dizem respeito à ação individual do réu. Um julgamento se diferenciaria das Comissões da Verdade, por não

pretender construir um relato histórico, mas simplesmente apurar condutas individualizadas.

Pretendemos, neste artigo, criticar essa visão tradicional do papel de um julgamento. Partimos da premissa de que um julgamento internacional faz muito mais que apenas destacar fatos de uma história consumada. Não existe história consumada. O julgamento está inserido nesta história e a constrói. Ele não está *a posteriori*.

O processo judicial se concentra em determinar condutas típicas ou violações a tratados, perdendo de vista seu papel enquanto narrador de uma memória que irá determinar a construção daquela sociedade. O olhar excessivamente preso ao passado faz perder de vista o significado do ato de julgar para o futuro.

Entendemos que o juiz ao narrar os fatos o faz de uma perspectiva completamente diversa daquela do historiador. Cria-se, no bojo do processo uma narrativa acerca do conflito e nesta criação o tribunal age politicamente. A escolha de fatos, de testemunhas que serão ouvidas e dispensadas, a ordem das provas, tudo isso são escolhas que terão repercussões políticas. A justiça internacional constrói realidade discursivamente ao alinhar os fatos de forma A ou B e, neste sentido, age politicamente³.

Questionamos essa percepção de que os julgamentos internacionais não interfiram no caminhar da história, eles são responsáveis pela construção de uma narrativa e formulação de uma memória que irá definir as decisões e o curso daquela sociedade. Sugerimos que os julgamentos moldam o futuro e são responsáveis pela reconstrução social.

As Cortes e os juízes, muitas vezes, preocupam-se com questões que não guardam nenhum compromisso com a memória, as vítimas ou mesmo com a verdade. A necessidade de manutenção de precedentes jurídicos, determinar a extensão da competência da própria corte ou mesmo promover a carreira individual do juiz, são questões que perpassam os julgamentos e interferem na narrativa e na seleção das cenas (o que inclui a seleção de quais testemunhos serão colhidos e quais serão dispensados)⁴.

Este artigo se lança a discutir a importância dos julgamentos internacionais para a construção da memória dos conflitos, propondo uma ideia de *reparação* para as vítimas⁵ que

podem ser reconhecidas em uma arena política que lhes possibilita uma reconciliação com o passado, superação do trauma e a chance de reconfiguração da memória do conflito.

Este debate, por sua vez, não é algo verdadeiramente novo, ele tem sido realizado no âmbito das chamadas cortes especializadas em Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunais Penais Internacionais, etc). No entanto, pretendemos com este artigo levar esta discussão para um terreno mais árido, a Corte Internacional de Justiça, onde o tema de Direitos Humanos ainda é tratado com algum estranhamento.

Cientes da complexidade do feito não temos pretensão de exaurir o assunto e, mais ainda, pretendemos trazer o debate a um caso concreto julgado pela Corte: Caso Croácia VS. Sérvia, no qual se discutiu o descumprimento da Convenção de Genocídio.

O caso escolhido sinaliza para a importância do debate aqui proposto. A CIJ é a principal Corte do sistema internacional e a tendência é que seja, cada vez mais, chamada a decidir casos envolvendo violações de Direitos Humanos. Como teremos a oportunidade de detalhar logo nas linhas iniciais deste trabalho, o Direito Internacional dos Direitos Humanos avançou imensamente no pós-Segunda Guerra Mundial e a tendência é que continue a crescer.

O debate do papel da CIJ como Corte de Direitos Humanos deverá ser enfrentado pelos estudiosos do Direito Internacional mais cedo ou mais tarde. Todos os principais tratados de Direitos Humanos elegem a CIJ como foro para discutir as suas violações, este é o caso, veremos em detalhes, da Convenção de Genocídio.

Discutir participação de vítimas e construção da memória no âmbito da CIJ poderá soar a alguns leitores algo excêntrico e fora de lugar. No entanto, ousamos trazer estas linhas e propor um olhar humanizado para o Palácio da Paz.

2. A INESCAPÁVEL RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES

A busca pela paz foi o grande motivador para a criação da Organização das Nações Unidas

(ONU) ao final da Segunda Guerra Mundial, garantindo um fórum de debate e a possibilidade de solução de controvérsias que não envolvesse o uso da força.

A ONU representou uma guinada dos Estados em prol da relativização da ideia de soberania, antes vista como inviolável. A própria estrutura da Organização demonstra que se colocou certo limite ao poder soberano dos Estados que não mais podem agir livremente dentro de seus territórios, ignorando as suas obrigações internacionais e a necessidade de proteção dos indivíduos.

Para Cançado Trindade⁶:

Adentramo-nos, pois, definitivamente na era dos direitos humanos, na qual Estado algum pode deixar de responder pelo tratamento dispensado a seus habitantes. Longe de recair em seu domínio reservado, como se invocava no passado, é essa hoje uma matéria de interesse reconhecidamente legítimo por parte da comunidade internacional.

A era dos direitos humanos inaugurou a perspectiva de que a proteção internacional dos indivíduos deve suplantar a proteção do Estado enquanto instituição que, na vasta maioria das vezes, é conivente ou comete grandes atrocidades. As pessoas devem ser protegidas pelo simples fato de pertencerem à raça humana e não por pertencerem ao Estado A ou B, uma ideia universalista, contida no preâmbulo da Carta da ONU e que ganha destaque no chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo autônomo do Direito Internacional que se baseia na lógica de proteção dos indivíduos e não dos Estados⁷. Todo o arcabouço normativo que compõe a disciplina deve ser interpretado de modo à realização desta proteção que se aperfeiçoa no acolhimento internacional dos indivíduos que sofreram com a violência perpetrada por Estados ou indivíduos agindo em seu nome.

Não se trata da regulamentação de uma relação entre iguais, mas sim da proteção do elo mais fraco da cadeia, remediando o desequilíbrio entre o Estado e o indivíduo. “No presente domínio deste direito de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.”⁸

A categoria humana e o indivíduo se inseriram no debate interestatal⁹ angariando às vítimas acessos diversos aos mecanismos internacionais de proteção como no caso dos direitos de petição contidos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Cultura, ambos de 1966 e seus Protocolos Facultativos.

O sistema de petição individual permitiu ao Direito Internacional amparar aqueles que não podem buscar suporte em seus próprios Estados exercendo sua função de proteção de forma mais contundente. Se retomarmos a ideia de que o objetivo de criação do Direito Internacional é a possibilidade de uma paz e superação dos conflitos, percebemos que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem buscado esse feito por intermédio da introdução da vítima no sistema internacional.

A proteção das vítimas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos tem se expressado, de um ponto de vista judicante, principalmente nas Cortes Regionais de proteção dos Direitos Humanos (como a Corte Interamericana, Europeia e a recém-criada Corte Africana) e Tribunais Penais Internacionais.

Estes foros especialmente desenvolvidos para a proteção dos Direitos Humanos têm baseado sua jurisprudência e sua orientação de modo geral na figura da vítima através de uma efetiva participação dos sobreviventes nos processos judiciais. A título de exemplo, o Tribunal Penal Internacional traz em seu Estatuto 38 (trinta e oito) menções às vítimas, incluindo a possibilidade de participação direta dos sobreviventes nos processos. O interesse das vítimas será considerado, de acordo com o artigo 53 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, inclusive para a abertura de inquéritos:

Artigo 53

Abertura do Inquérito

1. O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se:

a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi,

ou está sendo cometido um crime da competência do Tribunal;

b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e

c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça.

De igual modo, a centralidade da participação das vítimas nos procedimentos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez com que o Regulamento Interno da Corte trouxesse 69 (sessenta e nove) menções às vítimas, permitindo sua interveniência direta nos procedimentos, conforme previsão do artigo 25, 1.

1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.

A participação das vítimas no sistema da Corte Europeia de Direitos Humanos é ainda mais significativa ao permitir o peticionamento direto dos indivíduos que sofreram violações, conforme artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos Humanos que instituiu a Corte:

Petições individuais. A corte poderá receber petições de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos reclamando serem vítimas de violação por qualquer das altas partes contratantes dos direitos estabelecidos nesta Convenção ou em seus protocolos. As altas partes contratantes se comprometem a não obstaculizar de qualquer maneira o efetivo exercício deste direito.

Esta guinada para um viés de proteção dos indivíduos no sistema internacional, através da figura de proteção das vítimas, sinaliza para o papel desempenhado pelo Direito Internacional na busca por uma resposta para o sofrimento das vítimas de violações de direitos humanos cometidos pelos Estados.

Ao abraçar as vítimas e lhes oportunizar a reparação por um mal sofrido pelas mãos do Estado o Direito cumpre sua função apaziguadora e aplaca os desejos de vingança e de revolta que na maioria das vezes impossibilita

a reestruturação de uma determinada sociedade. O Direito Internacional dos Direitos Humanos ao dar voz às vítimas reequilibra a equação Estado/indivíduo e devolve a força do direito.

Ao se debruçar na necessidade de recuperação da vítima e de seu sofrimento as Cortes de Direitos Humanos têm se orientado para uma visão que extrapola a simples noção de retribuição normalmente atribuída aos órgãos jurisdicionais. A importância de todo o procedimento, ao final, é a reparação das vítimas que efetivamente tiveram os seus direitos violados.

A reparação parte do pressuposto de que as vítimas não esperam apenas uma indenização ou a condenação de seus algozes. Mais que isso, as vítimas esperam ser reconhecidas e ter seu sofrimento apresentado ao mundo. As vítimas querem reparação pelo mal que sofreram e não necessariamente a retribuição desse mal.

No caso da Corte Interamericana a reparação tem sido aplicada hodiernamente através das obrigações de promover políticas públicas que evitem que o mesmo evento volte a ocorrer. Foi o caso, por exemplo, da família de Damião Ximenes Lopes que guardava um senso de justiça e a necessidade de que o Brasil demonstrasse respeito pela sua dor. Nas palavras da irmã de Damião Ximenes, citada pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em seu voto separado¹⁰:

(...) Como irmã mais velha, eu cuidava de certa forma dele, (...) o acompanhava, o levava para minha casa, o visitava. (...) A minha relação com ele era a melhor possível, mais do que irmã, um pouco mãe também. (...) Eu o vi já no caixão, pronto para o sepultamento. (...) Pude observar várias marcas de tortura. (...) Ele havia sido espancado. (...) [Tudo isto] me deixou chocada, me deixou aterrorizada, eu tive muitas e muitas noites de pesadelos (...). Fiquei aterrorizada (...). Eu sentia dor no peito, mas não era dor que lacerava o coração, mas a minha alma. (...) [O ocorrido] ainda hoje tem efeito, (...) são seis anos de desespero por justiça. (...) Entrei em uma grande luta por justiça (...). Eu tive três anos de depressão, (...) viajei muito em busca de justiça (...)

A irmã de Damião não esperava receber indenização, pecúnia. Ela espera reconhecimento. Ter seu sofrimento reconhecido pelo Estado que o promoveu. A reparação é algo possível para

um órgão judicante e busca, justamente, aplacar estes sentimentos através da possibilidade de dar voz à vítima e chance de que a mesma se confronte com o Estado violador (ou indivíduo violador).

Além disso, as reparações, muito mais que a indenização, pecuniária envolvem uma obrigação de fazer dos Estados, seja a obrigação de investigar e julgar o caso internamente (como a sentença do caso Julia Lund na Corte Interamericana), seja através da necessidade de se desenvolver políticas públicas que impeçam que os eventos se repitam.

A vítima (ou seus familiares) têm seu sofrimento reconhecido e levado em consideração por um órgão judicante internacional que lhes ampara e lhes franqueia a justiça buscada. O respeito às vítimas permite uma chance de reconciliação entre os indivíduos e seus Estados (ou seus agentes) de modo a favorecer o restabelecimento da paz e a superação do conflito que, em primeira e última instância, é a razão de ser do Direito Internacional

Infelizmente, ao saímos do arcabouço das Cortes criadas especificamente para a promoção dos Direitos Humanos, a participação das vítimas nos processos internacionais tem provocado controvérsia entre os acadêmicos e praticantes do Direito Internacional principalmente por tocar no infindo debate sobre a condição do indivíduo como sujeito ou não de direitos no sistema internacional.

A doutrina tradicional tem batido o martelo na questão entendendo que os indivíduos não podem ser considerados sujeitos de direito internacional público, por faltar-lhes capacidade jurídica para firmar tratados, nos termos das Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e 1986, que garantiram tal prerrogativa apenas aos Estados e Organizações Internacionais Governamentais.

Este pensamento se difundiu com o positivismo jurídico, sobretudo no século XIX, como uma reação ao jusnaturalismo de Hugo Grotius e Francisco de Vitória que claramente permearam a origem do Direito Internacional. O positivismo rompeu com a lógica jusnaturalista e garantiu o protagonismo dos Estados no sistema.¹¹

A valorização do Estado no Direito Internacional orientou a criação do Tribunal Permanente de Justiça Internacional em 1920 que afirmou a ideia de que os Tratados não

seriam aplicáveis aos indivíduos, mas sim aos Estados.

A jurisprudência pró Estado do Tribunal Permanente teve continuidade quando da sua substituição pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) que herdou toda a estrutura institucional de seu predecessor, inclusive a exclusividade dos Estados para demandar esculpida no artigo 34.1 do seu Estatuto: "Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte".

A Corte Internacional de Justiça sediada no Palácio da Paz, na Haia ergue-se em um grande monumento dedicado ao Direito Internacional. A CIJ é o mais importante órgão jurisdicional do Sistema das Nações Unidas, tendo seu Estatuto como anexo da Carta da ONU. A maneira como sua jurisprudência se desenvolve atrai a atenção de todo o sistema internacional, tratando-se de um importante peso no cálculo custo-benefício dos Estados no que toca o cumprimento ou não de tratados internacionais

A Corte, herdeira de uma tradição positivista em que o protagonista das relações internacionais é o Estado, zela pelo tradicionalismo e estabilidade jurídica por meio da previsibilidade de suas decisões.

O tradicionalismo da Corte e sua orientação pró-Estado tem se confrontado com a mudança paradigmática descrita por Cançado Trindade¹² como a era dos Direitos Humanos. Houve um aumento significativo do número de Tratados que envolvem o tema da proteção dos indivíduos, inclusive tratados como os já citados em que é permitido o acesso direto das pessoas à jurisdição internacional (direitos de petição).

O sistema internacional, dinâmico, mudou radicalmente sua orientação desde 1920 quando foi criado o Tribunal Permanente de Justiça Internacional. O poder do Estado, desde o final da 2ª Guerra Mundial sofreu limitações e os indivíduos, como vimos, receberam proteção internacional.

O anacronismo de decisões baseadas em uma orientação jurisprudencial arcaica e excessivamente protetiva dos Estados tem gerado um descompasso entre a Corte e o mundo. O Palácio da Paz, casa da justiça e do direito internacional, tem visto ecoar em seus belos e suntuosos salões, demandas que envolvem um clamor de proteção jurídica para os indivíduos, obtendo como resposta decisões tímidas e, na

maioria das vezes, descompromissadas com a realidade das vítimas dos conflitos.

A produção acadêmica, doutrinária e jurisprudencial que tem demonstrado a importância da reconstrução social para a superação efetiva dos conflitos, não tem aparecido nas decisões da Corte. Principalmente se considerarmos que boa parte da produção acadêmica tem se voltado para o estudo do papel das vítimas nesta reconstrução. Não basta reconstruir prédios, precisamos reconstruir pessoas, relembrando o belo ditado libanês¹³. A paz, tão cara ao direito internacional, não tem tido lugar no grande Palácio da *Carnegieplein*.

Reconhecer o papel da vítima para a superação dos conflitos não significa negar a centralidade dos Estados no sistema. São eles os atores por excelência. O indivíduo se projeta no sistema internacional por meio de seu vínculo de nacionalidade, de modo que as demandas perante a CIJ que envolvem os direitos de alguém individualmente acabam se tornando a demanda do Estado de sua nacionalidade. Este, por exemplo, foi o caso da demanda envolvendo a República da Guiné e a República Democrática do Congo, que discutiu a extradição do Sr. Ahmandou Sadio Diallo na Corte Internacional de Justiça.

Não tem sido incomum que a Corte Internacional de Justiça se depare com casos como o Diallo em que os direitos de indivíduos e nacionais de Estados partes na demanda estão em pauta. Em retrospectiva breve podemos citar os seguintes exemplos¹⁴: Disputa fronteiriça entre Burkina Faso e Nigéria que envolveu os direitos de povos nômades; Caso Bélgica e Senegal sobre a Convenção contra a Tortura (CAT); Caso Georgia e Rússia sobre a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial; Caso Alemanha e Itália com interveniência da Grécia em que se envolveu a imunidade do Estado alemão para os pagamentos de indenizações às vítimas italianas e gregas; Caso Bósnia vs. Sérvia e Montenegro, e Croácia vs. Sérvia, ambos envolvendo a aplicação da Convenção sobre Genocídio; entre vários outros.

Infelizmente a maneira como a Corte tem se comportado ao julgar as demandas que envolvem temas de Direitos Humanos não necessariamente tem sinalizado para uma evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A CIJ tem julgado, de um modo geral, demandas que envolvem Direitos Humanos com a mesma orientação dada a tratados comuns, esquecendo-se da especificidade da matéria e de toda a construção acadêmico-doutrinária e jurisprudencial das cortes específicas de Direitos Humanos, como as dos sistemas regionais e demais tribunais que lidam na área, como os tribunais penais.

Existem, felizmente, alguns lampejos em que a Corte se permite alguma abertura à jurisprudência das Cortes especializadas, como no caso Diallo em que pela primeira vez em sua história a CIJ se referiu à jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

No caso Diallo a Corte deu um passo além ao abraçar seu papel de proteção dos indivíduos e buscar promover a reparação devida em decorrência de todo o sofrimento enfrentado pelo Sr. Diallo, nacional da Guiné, que possuía vastas propriedades no Congo, tendo vivido no país por mais de trinta anos e se tornado credor do Estado. Após sua decisão de cobrar as dívidas do governo congolês o Sr. Diallo foi expulso do Congo e teve toda a sua considerável propriedade confiscada pelo Estado.

A Corte determinou que as indenizações fossem pagas diretamente ao Sr. Diallo pessoa que efetivamente sofreu os danos de confisco de sua propriedade e expulsão injusta da terra onde viveu por mais de trinta anos.

Ao determinar que o pagamento fosse efetuado à vítima e não ao Estado demandante a Corte assume a jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos e a ideia de reparação das vítimas, extrapolando uma visão estadocêntrica.

O fato de a CIJ não ser uma corte exclusivamente voltada à promoção dos direitos humanos (como a Corte Interamericana), não significa que ela também não o possa ser quando for submetido à apreciação um caso de violação de direitos dos indivíduos como o caso Diallo bem demonstra.

Lamentavelmente, o avanço verificado no caso Diallo não tem se sustentado em todas as demandas envolvendo Direitos Humanos. Os dois casos mais célebres envolvendo a aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948) provocou desgosto por parte da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos e não sem razão. A Convenção

tem sido trazida a debate perante a CIJ com certa frequência e embaraço, demonstrando a necessidade de se repensar, com urgência, qual é o papel da Corte na busca pelos objetivos esboçados na Carta da ONU e em seu Estatuto.

3. A CONVENÇÃO DE GENOCÍDIO (1948) E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A Convenção para Prevenção e Repressão do crime de genocídio, firmada em 1948, desde o momento de sua elaboração teve como objetivo e finalidade a proteção de grupos e indivíduos. Nos trabalhos preparatórios da Convenção, este *telos* se tornou explícito quando se discutiu a possibilidade de os Estados fazerem “reservas” à Convenção. De acordo com os comentários feitos no *draft* da Convenção:

No presente estágio do trabalho preparatório, há dúvida com relação a reservas serem permitidas ou se será incluído um artigo relacionado a reservas nesta Convenção. Nós nos restringiremos aos seguintes apontamentos: 1) Nos parece que reservas de modo geral não têm lugar em uma Convenção desta natureza que não lida com os interesses privados dos Estados, mas com a preservação de elementos da ordem internacional (...)

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1951, formalizou consulta perante a Corte Internacional de Justiça a respeito da possibilidade de se fazerem reservas à Convenção, resultando na célebre Opinião Consultiva sobre o tema que representou a primeira orientação jurisprudencial no sentido de que a Corte possui a máxima importância na interpretação e consolidação da Convenção de Genocídio. Esta centralidade da Corte está inclusive estampada no artigo IX da Convenção que prevê explicitamente de quem é a competência para a apreciação de casos de violações dos seus ditames.

Art. IX - As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

O papel central da Corte perante esta Convenção traz implicações extremamente interessantes, especialmente se considerarmos a “divisão de trabalho” existente no Sistema Internacional que tem compartimentado temas entre as diversas Cortes especializadas.

A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, não é considerada uma corte de Direitos Humanos. Como discutido, ela se orgulha em manter uma posição tradicionalista e orientada à preservação da vontade, o mais livre possível, dos Estados (orientação voluntarista). Tudo isso radicalmente oposto a todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essencialmente voltado à proteção dos indivíduos.

No entanto, esta separação entre o papel da Corte Internacional de Justiça e o das Cortes de Direitos Humanos se torna prejudicado quando a Convenção de Genocídio determina que a competência para julgamento pertença à CIJ. Afinal, a Convenção para genocídio tem sido incluída no rol das chamadas “core conventions”, ou convenções núcleo do sistema universal de proteção dos Direitos Humanos.

A pertença da Convenção de Genocídio na categoria de tratados de direitos humanos se justifica inclusive historicamente. A ocorrência do holocausto no curso da Segunda Guerra mundial, sem dúvida foi o grande motivador para a mudança de paradigma no sistema internacional, para uma atenção mais voltada à proteção dos direitos humanos e limitação do poder soberano dos Estados. De mesmo modo, o holocausto também foi o responsável pela cunhagem do termo genocídio, uma palavra criada para descrever um fenômeno até então sem precedentes históricos.¹⁵

Através de uma dedução lógica podemos concluir que foi o genocídio o grande motivador do Direito Internacional dos Direitos Humanos no pós-Segunda Guerra. Não tivesse Hitler chocado o mundo com sua indústria da morte talvez os Estados nunca se atentassem para a importância de controlar as políticas de atrocidade contra a população civil. Seria, a nosso ver, um equívoco lógico não considerar a Convenção de Genocídio como um instrumento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não é possível falar do processo de internacionalização dos Direitos Humanos sem referência ao genocídio da Segunda Guerra.

A própria data da Convenção, um dia antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sinaliza para a importância dada pelos Estados a este instrumento como forma de proteger as populações civis de todo o globo.

A Corte Internacional de Justiça, portanto, ao ser lançada no artigo IX da Convenção como competente para julgamento das violações de seus artigos estará julgando um diploma normativo básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, funcionando, portanto, mesmo que a contragosto, como uma Corte de Direitos Humanos.

A existência das chamadas cortes especializadas não retira da CIJ seu protagonismo para a apreciação da Convenção de Genocídio. A centralidade da Corte não significa, contudo, que ela pode ignorar o trabalho já desenvolvido pelas Cortes especializadas, notadamente, os Tribunais Penais Internacionais que já trabalham o tema de genocídio de forma habitual e têm muito a contribuir para a avaliação da Corte sobre a matéria.

A Convenção de Genocídio envolve uma multiplicidade de temas do direito internacional, como o penal, os direitos humanos, a capacidade dos Estados, sua sucessão (caso Iugoslávia e Sérvia) e o direito dos tratados de modo geral. Não é possível uma avaliação purista e destacada de uma matéria sem tocar nos demais temas. O genocídio é um evento global que resvala em diversos tópicos de interesse do sistema internacional, não é possível julgar um item sem considerar a cena completa. Não é possível considerar a Convenção de Genocídio como uma convenção qualquer, esquecendo-se de seu papel histórico na promoção dos Direitos Humanos.

A avaliação atomizada sem considerar a especificidade dos casos de genocídio e dos Direitos Humanos de modo geral, impede que a CIJ possa avançar em sua jurisprudência, assumindo uma postura mais condizente com os preceitos da Carta da ONU de promoção da paz e da justiça internacional.

A cooperação entre as Cortes internacionais possibilitaria à Corte uma compreensão mais ampla sobre o próprio fenômeno do genocídio que, para sua ocorrência, demanda a convivência do Estado (por ação ou omissão) com grupos de indivíduos que cometem o crime. A faceta da responsabilidade individual se complementa com uma responsabilidade do Estado.

A Convenção de Genocídio não é apenas um tratado de direito penal, mas também deve ser entendida de forma mais compreensiva como um instrumento de direitos humanos. Ambos, direito internacional penal e direitos humanos são dois lados de uma mesma moeda – a proibição do genocídio. Eles se complementam como medidas para garantir a proibição do genocídio de forma efetiva. A noção coletiva do genocídio não nega seu caráter de direitos humanos.¹⁶

A existência de um viés voltado à responsabilidade de indivíduos não exclui o relevante debate sobre responsabilidade dos Estados. “A análise da Convenção afirma que apesar do foco em sua faceta de direito penal, ela também traz obrigações que ultrapassam a criminalização e punição, o que é bastante relevante para as disputas interestatais”¹⁷

A própria Convenção de Genocídio de 1948 possui um duplo viés: a repressão e a prevenção dos crimes de genocídio. A repressão tem sido realizada por meio dos Tribunais Penais Internacionais que dirigem sua atuação aos indivíduos que atuaram para a realização do crime, seja por “mão própria”, como mandantes ou ainda por omissão. A responsabilidade criminal é atribuída a pessoas físicas que possuem dolo e não a entidades abstratas como o Estado.

No entanto, a repressão dirigida meramente aos indivíduos nos parece condescendente com os Estados. O genocídio é um crime coletivo por natureza. Ninguém sozinho consegue cometer genocídio, faz-se necessário um conluio entre vários indivíduos. Estes conluios, por si, tampouco conseguem angariar a estrutura necessária para a prática que normalmente envolve: uma propaganda inflamante, a exclusão das vítimas da comunidade política e imaginada¹⁸ e, por fim, uma matança generalizada e que não constitui crime perante o Estado onde ocorre.

Parece bastante improvável que um genocídio possa ocorrer sem que o Estado não tenha, de alguma maneira, participado, ainda que por omissão. A responsabilidade penal individual, portanto, tem liberado o Estado de suas responsabilidades perante a Convenção de Genocídio.

A CIJ surge, amparada pela competência do artigo IX da Convenção, como uma maneira de responsabilização dos Estados que participam ou

permitem o genocídio. A responsabilidade dos Estados será, por óbvio, de natureza civil e não criminal, como ocorre aos indivíduos.

Além da Repressão, a Convenção também postula a Prevenção ao Genocídio, atribuição esta que ninguém na doutrina jusinternacionalista discute ser dirigida aos Estados e que tem deixado (e muito) a desejar.

A Prevenção é a principal ferramenta do direito internacional para promoção da paz e a superação de conflitos. Os Estados são os principais responsáveis em garantir, por meio da estabilidade de suas instituições, que atos de genocídio não ocorram em seus territórios. No entanto, assistimos justamente as instituições estatais envolvidas nos crimes. Um genocídio dificilmente ocorre sem que sinais anteriores sejam dados. As hostilidades entre os grupos, geralmente, antecedem a violência física. Os Estados têm o dever de aplacar esses ânimos e não permitir que o conflito escale.

Uma vez ocorrido um conflito que envolve a ocorrência de genocídio o Estado precisa, novamente, assumir a responsabilidade de apaziguar os grupos internos e garantir que todos convivam novamente no mesmo território.

A reconstrução social pós conflito perpassa, como discutimos, o empoderamento e a reintegração das vítimas (e dos autores). São os indivíduos prejudicados com a guerra que terão a capacidade de reconstruir a comunidade. A Corte Internacional de Justiça tem um papel nesta reconstrução, afinal, somente por meio desta recuperação das vítimas que se poderá cogitar algum tipo de paz no território.

A memória do conflito e a das vítimas será a base de reconstrução da sociedade. As narrativas sobre o conflito embasam, em grande medida, a história do Estado e a maneira como as decisões futuras serão tomadas. Não é sem motivo que a memória do holocausto é constantemente celebrada na Europa, por meio de inúmeros monumentos, filmes, museus, existe até o dia de relembrar o holocausto (27 de janeiro). A celebração desse evento garante que as pessoas não esqueçam e que suas decisões se pautem naquela vivência.

O holocausto moldou o homem europeu moderno e baseia, em grande medida, as instituições sólidas em torno de uma estabilidade na região. A memória garante que os indivíduos se reconheçam parte de uma história comum,

trágica, que os vitimizou, mas que eles superaram.

A justiça internacional possui um papel nesta equação histórica que garante a estabilidade ou a instabilidade pós-conflito. Se a Convenção de Genocídio possui como dever a prevenção do genocídio e a Corte Internacional de Justiça tem um dever na promoção da paz e superação de conflitos, novo olhar deve ser lançado sobre o papel da memória e das vítimas nos procedimentos envolvendo a Convenção na CIJ.

A Corte poderia com competência atuar nos moldes de uma Corte de Direitos Humanos, em que há uma abertura à participação das vítimas e preocupação concernente à memória e importância de estabilidade no local do conflito. No entanto, a ausência de participação das vítimas e desconsideração com o papel da memória continuam marcando os procedimentos na CIJ. Recentemente o debate envolvendo a aplicação da Convenção de Genocídio pela Corte reacendeu a discussão sobre seu papel na promoção dos Direitos Humanos.

Em 09 de fevereiro de 2015, houve a entrega final do julgamento do caso Croácia contra a Sérvia e a demanda reconvenção da Sérvia o que acirrou os ânimos dos estudiosos e praticantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte repetiu os mesmos equívocos amplamente debatidos quando do julgamento do caso da Bósnia e Herzegovina VS. Sérvia e Montenegro, cuja sentença foi entregue em 2007.

Houve ampla repercussão, em grande parte negativa, acerca das escolhas adotadas na sentença e que gerou um contundente voto dissidente do ilustre juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

4. ESTUDO DE CASO: OS JULGAMENTOS DO GENOCÍDIO NOS Balcãs

O tempo da justiça não respeita o tempo dos homens¹⁹. A sentença da Corte para o caso da Bósnia VS. Iugoslávia (Sérvia) foi entregue em fevereiro de 2007, mais de uma década após o ajuizamento da ação. Quando o presidente Higgins fazia a leitura do Summary no grande salão da justiça do Palácio da Paz o governo radical nacionalista sérvio já não estava no poder e a sangrenta guerra já fazia parte do passado.

Nem mesmo Milosevic assistiu à decisão da Corte Internacional de Justiça. Sua morte, em março de 2006, enquanto estava preso na

Haia, interrompeu o curso de seu julgamento pelos crimes de guerra e genocídio nos Balcãs. O Tribunal Penal Internacional *Ad-hoc* para a Ex-Iugoslávia já havia emitido, até aquele momento, setenta julgamentos das responsabilidades individuais dos envolvidos nos crimes.

Após tantos anos de espera, era imensa a expectativa para ouvir a Corte Internacional de Justiça se pronunciar pela primeira vez quanto ao mérito da Convenção de Genocídio e a limpeza étnica noticiada amplamente por inúmeros meios de comunicação, especialmente pelo jornalista Roy Gutman²⁰ que ganhou um prêmio Pulitzer com a série de reportagens intitulada “Testemunha de Genocídio” (*Witness to genocide*).

Imensa foi a surpresa dos presentes na sessão solene de leitura do *Summary* e das inúmeras associações de vítimas que lotavam o lado de fora do Palácio da Paz quando o presidente Higgins entoou:

A Corte (...) (2) por treze votos a dois,

Entende que a Sérvia não cometeu genocídio, através de seus órgãos ou pessoal cujos atos atraíssem sua responsabilidade sob o direito internacional costumeiro, em violação às suas obrigações sob a Convenção para a Prevenção e Repressão do crime de genocídio. (CIJ, 2007, parágrafo 471, tradução nossa)

Nem mesmo sob a figura de conspiração ou cumplicidade foi a Sérvia condenada pela CIJ:

(3) por treze votos a dois,

Entende que a Sérvia não conspirou para cometer genocídio, tampouco incitou o cometimento de genocídio, em violação às suas obrigações sob a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

(4) por onze votos a quatro,

Entende que a Sérvia não foi cúmplice de genocídio, em violação às suas obrigações sob a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. (CIJ, 2007, parágrafo 471, tradução nossa)

O ataque a Srebrenica, no entanto, foi visto como genocídio pela Corte e a Sérvia foi condenada por não ter se mobilizado para evitar que o ataque ocorresse:

(5) por doze votos a três, entende que a Sérvia violou suas obrigações de prevenir o genocídio sob a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, no que diz respeito ao genocídio ocorrido em Srebrenica em julho de 1995. (CIJ, 2007, parágrafo 471, tradução nossa)

Apesar do reconhecimento do genocídio em Srebrenica e da inação da Sérvia em evitar seu cometimento, pelas mãos do general Mladic, comandante da JNA, a Corte não condenou a Sérvia ao pagamento de reparações ao Estado da Bósnia, menos ainda considerou as inúmeras vítimas do país (ou mesmo as de Srebrenica):

(9) por treze votos a dois,

Entende que, com relação às violações pela Sérvia das obrigações referidas nos subparágrafos (5) e (7) acima, as conclusões da Corte nestes parágrafos constituem a apropriada satisfação, e que o caso não é para se determinar o pagamento de compensação, ou, no que toca a violação mencionada no subparágrafo (5), uma diretriz para se fornecer garantia de não repetição seria apropriada. (CIJ, 2007, parágrafo 471, tradução nossa)

A impunidade da Sérvia em nada contribuiu para amenizar a narrativa histórica entre os bósnio-sérvios que aponta para uma vitimização histórica e nega a ocorrência (amplamente documentada) do genocídio. A Corte perdeu uma oportunidade de mudar a narrativa deste conflito, em prol de uma responsabilidade pelos eventos ocorridos. Assumir a responsabilidade e honrar as vítimas seria uma forma de estabelecer os pilares de uma paz duradoura nos Balcãs.

A Celebração, em 2015, dos vinte anos de Srebrenica demonstrou a má construção da memória do conflito na Bósnia e o abismo que continua separando os sérvios dos muçulmanos no país. Diversos meios de comunicação publicaram notícias que indicam isso, como o trecho da reportagem de 17 de julho de 2015 da *The Atlantic*:

Na manhã seguinte, entrevistas com uma dúzia de bósnio-sérvios vivendo próximo de Srebrenica produziu respostas similares. Enquanto dezenas de milhares de muçulmanos bósnios passavam para comemorar os vinte anos do massacre, sérvios menosprezavam a reunião e a ideia de que 8.000 mortos seria uma “farsa”, “um circo”, e “faz de conta”.

Nem mesmo os esforços conjuntos do governo sérvio e bósnio em punir os violadores e encontrar os inúmeros desaparecidos na guerra tem resultado em uma diminuição da tensão entre os povos, como demonstra o ataque com pedras ao Primeiro Ministro da Sérvia durante a celebração do aniversário do massacre noticiada pela BBC em 11 de julho de 2015²¹:

Triste, mas previsível, Sr. Vucic foi vaiado por muitos da multidão. Alguns até jogaram objetos enquanto ele prestava suas condolências no cemitério. O imã lembrou a multidão de que era um momento de prece. Mas a raiva ali permanece. (...) Enquanto alguns cantavam “responsabilidade” e “genocídio” outros continuaram jogando objetos – relatos sugerem pedras, garrafas de água e um sapato estão entre os itens usados.

A falta de participação das vítimas durante os procedimentos do caso Bósnia vs Sérvia e a maneira como a CIJ lidou com as provas carreadas aos autos (e as não carreadas e que a Corte não buscou acesso embora tenham sido referidas pelas partes) podem ter alguma relação com a falha solução jurídica apresentada e seu total fracasso em reduzir as tensões locais e contribuir para uma efetiva superação dos conflitos.

A decepcionante resposta da Corte no caso da Bósnia, no entanto, não seria a última. A Guerra nos Balcãs gerou nos anos 1990 uma segunda demanda perante a CIJ discutindo a aplicação da Convenção de Genocídio, dessa vez trazida pela Croácia em 1999. A sentença do caso Croácia contra a Sérvia foi entregue em 03 de fevereiro de 2015 e lamentavelmente assistimos à reprodução do fiasco anterior.

O regime sérvio, amparado pela jurisprudência da CIJ, não reconhece a sua participação e, muito menos, a existência do genocídio nos Balcãs. Este fato político se escorou no direito para sua legitimação, mas não encontra nenhuma relação com as provas analisadas pela Corte.

Os analistas e acadêmicos que se debruçaram sobre o processo da Bósnia são unânimes em identificar que as provas são conclusivas de que era a República Federal da Iugoslávia (FRY) quem financiava as milícias radicais que cometeram as principais atrocidades. Todo o equipamento, estrutura logística e treinamento era franqueado em Belgrado. Além disso, o general Mladic

que emitiu diversas ordens de ataques brutais contra a população civil respondia diretamente a Milosevic.

A Corte aplicou, a nosso ver equivocadamente, o chamado “*effective control test*” (teste do controle efetivo), desenvolvido em sua jurisprudência no caso Nicarágua vs EUA, para verificar se havia ou não um controle efetivo por parte da FRY das milícias. De acordo com o referido teste, o ônus recai sobre o Estado que alega em provar que os perpetradores tinham o objetivo de cometer genocídio e que seriam órgãos ou estavam sob o efetivo controle do Estado acusado. Qualquer autonomia por parte dos autores derruba a tese de responsabilidade estatal.²²

Um padrão tão elevado e exigente de prova torna-se um importante limitador para o Estado demandante. A intenção e o controle tampouco podem ser demonstrados de forma global (no todo do conflito) mas sim, especificamente, para cada caso em particular. O “controle geral” adotado pelo TPIY no caso Tadic²³ foi desconsiderado pela Corte por ampliar excessivamente a responsabilidade dos Estados.

Com o ônus sobre a Bósnia em demonstrar a intenção da Sérvia em cometer genocídio liberou a Corte de analisar todas as municipalidades atingidas no conflito, o que a teria franqueado um panorama completo sobre a verdadeira intenção de formação da Grande Sérvia que motivou os massacres.

Vários documentos que poderiam provar a convivência de Belgrado para com os massacres não estavam acessíveis para a Bósnia, como por exemplo, as notas taquigráficas das sessões do Conselho Superior de Defesa da Sérvia. O pedido da Bósnia para que a Corte determinasse a entrega do documento não foi atendido e, mesmo assim, este fato não foi usado para inverter o ônus da prova em desfavor da Sérvia.²⁴

Bastante criticado (e criticável), também, foi a interpretação dada pela CIJ para o fato de que a promotoria do TPIY optou por não denunciar diversos autores pelo crime de genocídio. A Corte entendeu que isto sinalizaria para a não ocorrência do genocídio de forma generalizada. Esqueceram-se, lamentavelmente, que no TPIY apura-se a responsabilidade individual e não Estatal. Pode ocorrer de não haverem indícios do *mens rea*²⁵ daquele indivíduo, mas se analisado no globo se percebe um padrão genocida. Além disso, a liberdade do promotor lhe permite optar

por denunciar por um crime mais fácil de ser provado para garantir a condenação ou, ainda, fazer os acordos prévios (*plea bargains*).

As provas, de um modo geral, foram tratadas de forma inadequada pela CIJ. Seja por se exigir da Bósnia (e depois à Croácia) um elevado ônus da prova, impedindo seu acesso a diversos documentos que estavam em poder da Sérvia, seja pela má utilização da jurisprudência do TPIY.

Aliado a isso, temos a desconsideração dos inúmeros depoimentos das vítimas do conflito e a impossibilidade de sua participação nos procedimentos da Corte. Certamente, sua presença teria fornecido um panorama geral capaz de comprovar a intenção genocida: destruição dos templos, a separação das famílias, os estupros generalizados, os assassinatos dos homens, meninos e idosos, as deportações e o projeto de tornar as municipalidades atingidas etnicamente puras.

No processo da Croácia, a testemunha Katic, por exemplo, uma das poucas ouvidas pela Corte compareceu na sessão do dia 05 de março de 2014 e deu o seguinte depoimento:

Era o dia 10 de novembro quando a JNA chegou na vila. A infantaria e os soldados andavam em frente aos tanques. Eu nunca havia visto nada como aquilo em toda minha vida, mas isso não é importante. O que é importante é a minha experiência. Aquilo era o fim. Eles derrubaram casa por casa a tiro. Atrás do lugar onde estava a corporação médica havia uma casa com civis e eles entraram no porão e mataram Dragica Gabric, que era Sérvia. Ela foi queimada viva e o marido dela, Janko, eles o levaram com eles. Eu não sabia para onde eles o estavam levando. (CIJ, Compte Rendu, volume 09, p. 20, tradução nossa)

Este depoimento encontra-se coordenado com os vários depoimentos constantes nos anexos dos memoriais apresentados pela Croácia no julgamento. Como, por exemplo, o depoimento da testemunha Z.L.:

Eles trancaram 104 de nós em um hangar, éramos na maioria mulheres, crianças e idosos. Os comandantes eram dos “Águias Brancas”²⁶ (...). Pouco a pouco, à noite, os Chetniks levavam nossos homens em caminhões. Desta forma eles levaram vinte e sete homens e ninguém mais soube deles. Minha irmã e eu dormíamos em camas de

palha no porão quando um Chetnik bêbado, chamado STEVO PERIĆ veio com uma lanterna. Ele se aproximou e me sacudiu, naquele momento eu senti a alma deixar o meu corpo. Nós tínhamos de nos exercitar todas as manhãs e então eles abusavam de nós. (Memorial Croácia, volume 02, parte 01, anexo 33, página 111, tradução nossa)

Ou ainda, a testemunha B.H.

Eles vieram naquela noite por volta de meia-noite e foram embora por volta das 4 da manhã. Eles bateram na porta e ameaçaram matá-la. Como ela estava com medo ela abriu a porta. Vugdelija forçou a entrada e a agarrou pelo pescoço com uma mão estrangulando-a e cobriu sua boca e o nariz com a outra, sufocando-a. Ele buscava marcas alemãs e lhe disse que a mataria, cortaria ela em pedaços e a estupraria. Então ele a jogou na cama e amarrou suas mãos nas costas. Naquele momento B não tinha ar e estava exausta e não conseguia mais se defender (...). Poucas horas depois quando ela pode andar, ela correu nua e descalça por cerca de 300-400 metros até a casa dos vizinhos e parentes que testemunharam o drama que ela e o marido passaram. (Memorial Croácia, volume 02, parte 03, anexo 439, pp. 250-251, tradução livre)

Narrativas como estas se misturam a uma infinidade de outras de igual teor que foram apresentadas à Corte Internacional de Justiça, ao longo dos dezesseis anos de tramitação da demanda envolvendo a Croácia e a Sérvia. Estes relatos de violência evidenciam a dificuldade em se estudar crimes contra a humanidade, genocídios, limpezas étnicas e demais massacres apenas a partir de uma perspectiva jurídica positivista.

Um processo envolvendo a ocorrência de genocídios demanda do juiz a sensibilidade e compreensão das implicações daquela causa do ponto de vista do trauma vivenciado pelos indivíduos e pela sociedade e as implicações deste trauma para a formação da memória social.

O julgamento passa a fazer parte da história do conflito, ao construir narrativamente a memória por meio do preenchimento das lacunas deixadas pelo trauma. O trauma prejudica a formação das memórias, pois abala as defesas psíquicas da vítima interferindo no processo normal em que as memórias são gravadas²⁷. A quebra do mecanismo mimese/muthos²⁸ apontadas por

Paul Ricoeur²⁹ e as lacunas deixadas pela má formação das memórias se tornam evidentes no depoimento da testemunha L.B.:

Eu acho que o assassinato dos Britvecs ocorreu algumas semanas antes do assassinato de seis pessoas idosas em Bosanski Kovačevac, porque após um período, Bude me disse que eu não poderia ir à igreja de São Pedro em Kovačevac, pois ela havia sido queimada (...). Contudo, eu não estou seguro com relação ao que eu lhe disse porque eu não me lembro completamente de como os incidentes ocorreram cronologicamente enquanto eu estive em Crna Draga em 1991 e 1992, devido ao fato de que eu estava constantemente sob pressão e com medo, então eu não prestava muita atenção no que acontecia e quando, e eu não podia anotar nada. Como consequência de tudo o que eu passei, as vezes eu não consigo me acompanhar (estou me referindo a minha memória) e minha esposa pode confirmar isso. (Anexo 341 do Memorial da Croácia, volume 2, parte 3, p. 31, tradução livre)

A vítima não consegue colocar os eventos em ordem cronológica tendo em vista a natureza da experiência traumática que não é bem gravada na memória no momento de sua ocorrência.

O depoimento acima aponta para outra característica do trauma, mencionada por Caruth³⁰ ao retomar a história freudiana do acidente de trem. Uma pessoa que sofre um desastre de trem não tem consciência do que está havendo durante o acidente, ocorre uma “fuga”. A mesma fuga vivenciada pela vítima L.B. que traduziu isso como se fosse uma “falta de atenção” nos eventos ou no momento em que eles ocorriam.

A incredulidade com que a vítima de um crime de genocídio se depara quando sofre a agressão tem ainda relação com a origem da violência. Normalmente a violência é cometida por indivíduos que elas já conhecem como vizinhos e, em alguns casos, pessoas que eram suas amigas. Isto pode ser percebido em depoimentos juntados pela delegação croata em seus memoriais, como o de A.S.:

Durante a conversa com Micá eu tentei falar normalmente de modo a convencê-lo de que ele não precisaria fazer aquilo, afinal eu o conheço pessoalmente e também à sua família, mas ele não recuperava a sua razão, ele começou a usar um linguajar vulgar, me

dizendo que eu era uma “prostituta ustasha e que eu deveria ser estuprada e depois morta” (...) (CIJ, Memorial da Croácia, volume 2, parte 1, anexo 126, p. 360, tradução nossa)

E o de D. I.:

Na foto Nº. 12 está uma pessoa que fez muitos coisas ruins em nossa vila e nós o chamamos de “Kristus”, o pai dele é Milos e o seu nome é Milan Dragicevic. Nós tínhamos boa relação com estas pessoas antes. Estes eram pessoas locais que chamaram os outros. As armas foram dadas a eles pelo exército porque eles usavam uniformes militares. (CIJ, Memorial da Croácia, vol. 2, parte 2, anexo 208, p. 121, tradução nossa)

A vítima vivencia, ainda, uma perda de confiança nas instituições e no mundo. Existe uma dificuldade em aceitar que aconteceu, fato extremamente comum entre os sobreviventes do holocausto que não conseguiam separar o real e irreal, tendo em vista a abrupta inversão de valores que se dá no contexto de conflitos. Trata-se do que Primo Levi bem descreveu no sonho que lhe atormentou por toda sua vida pós-Auschwitz³¹: Qual é a realidade? Auschwitz e o estado de exceção ou essa tênue e frágil paz que nos conforta e que pode acabar a qualquer momento?

Genocídios não ocorrem sem algum nível de convivência dos Estados. A responsabilidade individual, franqueada pelos Tribunais Penais, como o TPIY, deve ser complementada com as devidas responsabilizações dos Estados que descumprem seu dever para com a sua população civil ou, para os juspositivistas, os deveres assumidos quando da ratificação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Não é sem motivo que o artigo IX da Convenção prevê que a CIJ, uma corte estatal, será o foro de discussão da Convenção.

No caso da Croácia, as provas de convivência da FRY no cometimento do genocídio estavam nos autos do processo. Foi a construção da Grande Sérvia que levou à expansão territorial e à limpeza étnica que garantiriam uma Iugoslávia para e pelos sérvios. (BBC, 1995).

A convivência do exército iugoslavo (JNA) extrapolou o mero apoio logístico, tendo resultado em ataques efetivos a vilas na Croácia, como o descrito pela testemunha Katic, em seu depoimento perante a CIJ:

Eu quis dizer o Exército da Iugoslávia que tinha todo o apoio da população sérvia local. Quem deu a eles o direito de entrar pacificamente na minha vila, destruir minha casa, matar meu irmão, arruinar minha irmã, me privar de metade da minha vida e matar tantos da minha vila. Dez por cento dos vilesitos em minha vila foram mortos. Quem lhes deu esse direito? (...) (CIJ, Compte Rendu, volume 9, p. 24, tradução nossa)

Aliado à prova testemunhal, vem a vasta prova documental do memorial da Croácia, especialmente o documento juntado no volume 4, anexo 14 que demonstra a orientação intelectual que amparou o nacionalismo sérvio. Em 1986 a Academia Sérvia de Artes e Ciências lançou um memorando que contemplava as demandas de construção da Grande Sérvia. Este documento ficou conhecido como a “Ideologia da Grande Sérvia” e conclui clamando para que todo o povo sérvio se unisse em prol da construção deste novo Estado. Em tradução livre assim é parte da conclusão do documento:

A primeira exigência de nossa transformação e renascimento é uma mobilização democrática de todas as forças intelectuais e morais da nação, não apenas para realizar decisões tomadas por nossos líderes políticos, mas também para desenvolver programas e mapear o nosso futuro de forma democrática. Pela primeira vez em nossa história recente, expertise e experiência, consciência e coragem, imaginação e responsabilidade se unirão para levar adiante esta tarefa da maior importância para toda a sociedade, com princípios de um programa a longo prazo.

A Academia Sérvia de Ciências e Artes mais uma vez expressa sua vontade de fazer tudo o que ela pode para reunir os esforços para lidar com estes assuntos cruciais e os deveres históricos que incumbem à nossa geração. (CIJ, Memorial da Croácia, volume 4, anexo 14, p. 85, tradução nossa)

Além de ter sido juntado pela Croácia em seu Memorial perante a Corte Internacional de Justiça, o documento foi amplamente utilizado pela promotoria do Tribunal Penal Internacional *Ad-hoc* para a Ex-Iugoslávia demonstrando claramente a ideologia nacionalista que banhava o conflito nos Balcãs.

Este memorando referendou cientificamente uma ideologia acentuando os

ideais nacionalistas de construção da Grande Sérvia como algo irrefutável, cuja veracidade possuía um rigor científico.

As decisões que ordenavam os massacres, conforme ficou bem demarcado pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional *Ad-hoc* para a ex-Iugoslávia e demonstrado documentalmente nos memoriais da Croácia foram tomadas pelos líderes político-militares (General Mladic, Radovan Karadzic, Slobodan Milosevic, Borisav Jovic, Milan Babic, entre outros) em nome da Ex-Iugoslávia, mas em favor da construção do novo Estado da Sérvia. As pichações nas paredes das cidades destruídas apontavam a ironia do Estado iugoslavo: A águia de duas cabeças símbolo sérvio seguido das boas vindas à cidade morta (*welcome to the dead village*) (CIJ, Memorial da Croácia, vol. 3, figura 17.3)

Os depoimentos dramáticos de testemunhas demonstram a inação das autoridades quando se tratava das denúncias de abusos realizados pelas forças armadas oficiais e das várias milícias que funcionavam paralelamente em prol do projeto da Grande Sérvia. Como, por exemplo, a testemunha F.D. que informa que “todos os sérvios que fossem membros da polícia ou da estrutura de autoridade tinham sua própria faxineira que também, sob coerção, tinha que ser sua amante”(Memorial da Croácia, volume 2, parte 1, anexo 106, p. 323, tradução nossa).

Tal depoimento se coaduna com o de várias mulheres que foram vítimas de violência sexual por parte de homens que representavam o Estado e que deveriam protegê-las. Todas as tentativas de denúncia eram desprezadas ou seguidas de punição que, em grande parte das vezes, envolvia novas violências (principalmente sexuais), como o irreproduzível depoimento de M.M. vítima de violência sexual, transcrito no anexo 117, do volume 2, parte I do memorial da Croácia.

A “limpeza étnica” foi patrocinada por forças oficiais como meio de se construir a Grande Sérvia. A política de atrocidade possui o simbolismo de que “matar o Outro é um ato de eliminação e purificação. O corpo é ritualmente transformado através da violência e expulso da comunidade dos vivos.”³² O mapa social se reduz em termos de poluição, impureza, a ideia de que algumas pessoas estão fora do lugar que deveriam estar. Como a família de J.V.:

Nós passamos aquela noite no corredor de nossa casa, não nos era permitido dormir em nossa casa. No dia seguinte eles disseram que nós croatas não poderíamos mais ficar ali, que alia era Sérvia e que “na Grande Sérvia não havia lugar para croatas”que eles nos perseguiriam até o Adriático, e que nós teríamos que pular no mar nós mesmos. Foi assim que nós fomos exilados de nossa casa. (CIJ, Memorial Croácia, volume 2, parte I, anexo 76, p. 208, tradução nossa)

Se o Estado patrocina atrocidades e se favorece delas em sua própria criação, como esperar que as vítimas voltem a confiar nas instituições? Como reintegrá-las, no pós-conflito, à vida social? Neste momento surge a importância do judiciário para recuperar essa confiança.

O processo de superação dos conflitos perpassa essa integração da vítima no corpo social. Retirar os sobreviventes do isolamento e inseri-los em uma narrativa comum ajuda na superação do trauma e recomposição da sua memória. É importante saber que o que ocorreu foi uma realidade, que constituiu um crime e os responsáveis foram punidos.

A oportunidade de falar perante o Tribunal, contar sua história e ouvir a de outros, como já argumentamos, possui um importante efeito para as vítimas e, conseqüentemente, para a superação dos conflitos. Este momento do testemunho, dado perante uma instituição sólida e importante como é o caso da CIJ, ajudaria a recuperar um senso de justiça e confiança institucional. Para Humphrey³³:

Atrocidade seleciona vítimas e as reduz a objetos desumanizados. A dor da vítima e seu sofrimento ficam abaixo da moralidade, elas perdem a audiência moral. Ainda assim, paradoxalmente, testemunhar é essencial para o reconhecimento do sofrimento da vítima, para a compaixão e cuidado. Testemunhar é o veículo para reverter o efeito da desumanização das atrocidades e recuperar a humanidade das vítimas e seus mundos sociais.

No entanto, o procedimento perante a Corte dificulta a participação das vítimas, impedindo que ela possa funcionar, como as cortes de Direitos Humanos têm feito, como um espaço para a reparação e recuperação das vítimas e das sociedades pós-conflito.

O caso Croácia vs Sérvia trouxe um problema para a oitiva das vítimas pretendida pela Croácia. O medo das ameaças fez com que duas testemunhas tivessem de ser ouvidas em sessão fechada. As demais que foram ouvidas em plenário, no entanto, não podiam dar seu testemunho perante as demais testemunhas e, conseqüentemente, não ouviam os testemunhos dos outros. Isso foi uma medida tomada pela Corte para garantir a segurança das testemunhas e, também, para garantir uma neutralidade e imparcialidade dos depoimentos.

A imparcialidade dos julgamentos é um pressuposto da atuação jurisdicional. Mas também o é a aplicação da justiça. Anos de estudo, análises clínicas e prática nos Tribunais Penais identificaram que as vítimas não podem dar um relato neutro e preciso quanto aos fatos, devido à própria natureza da violência e do trauma que atrapalha na formação da memória. Isto não pode diminuir a importância do depoimento das vítimas. Ao contrário, o próprio fato de que ela possui uma memória malformada e traços do trauma já sinalizam para a existência da violência.

Disso decorre, ainda, a necessidade de se ouvir várias e não apenas uma vítima. É preciso confrontar a narrativa individual com a coletiva, encaixando as peças faltantes ou destoantes formando o “quebra-cabeças” que representa a realidade social do conflito.

A oitiva de diversas vítimas possibilita, ainda, a construção de um panorama geral do conflito. Existe um forte indício do caráter generalizado do ataque e do *mens rea* do genocídio se uma narrativa se repete nas palavras de sobreviventes de diversas localidades, como os anexos juntados pela Croácia em seus memoriais e que traziam depoimentos de indivíduos de várias municipalidades todos descrevendo as mesmas violências, as mesmas faixas brancas nos braços, as mesmas práticas de violência sexual, as mesmas práticas de trabalho forçado e separação das famílias, os mesmos insultos (*ustasha*) etc.

Infelizmente, a Corte ao tratar em sua sentença dos depoimentos dos sobreviventes, inclusive os inúmeros anexados nos memoriais da Croácia, não teve o cuidado de lidar com a especificidade da prova e estabeleceu que não poderiam ser considerados confiáveis por não estarem assinados ou não conterem a indicação do depoente:

Por fim a Corte se volta aos numerosos depoimentos anexados pela Croácia em seus memoriais escritos. Enquanto reconhece as dificuldades de se obter evidência nas circunstâncias desse caso, a Corte, por outro lado, nota que muitos desses depoimentos produzidos pela Croácia são deficientes. Além disso, certos depoimentos consistem em relatos da polícia croata de um ou vários indivíduos e que não estão assinados por estas pessoas e não contém indicação de que estes indivíduos sabiam de seu conteúdo. Além disso, as palavras usadas parecem ser as dos policiais. A Corte considera que não pode atribuir nenhum peso de evidência a tais depoimentos. (CIJ, 2015, parágrafo 167-199, tradução nossa)

Conforme era sabido, muitos sobreviventes temem pela própria vida e preferem ficar no anonimato. Inclusive, dois foram ouvidos pela própria Corte em sessão fechada. A não indicação do depoente ou a falta de assinatura não poderiam ter sido motivo para desconsiderar a palavra daquelas vítimas. Na verdade, o sobrevivente espera que sua dor seja reconhecida.

O rigor de prova exigido pela Corte tornou praticamente impossível para a Croácia comprovar o *mens rea* do genocídio. A prova precisaria ser conclusiva e não haver nenhuma dúvida quanto à intenção de se eliminar no todo ou em parte os membros do grupo:

o que toca à força da prova, a Corte, citando casos anteriores, relembra que quando se trata de alegações contra Estados que envolvam imputações de excepcional gravidade, como é o presente caso, elas devem ser provadas por evidência totalmente conclusivas (...)(CIJ, 2015, parágrafo 167-199, tradução nossa)

Este rigor exigido pela CIJ faz sentido nos Tribunais Penais, em que se está lidando com penas privativas de liberdade. No entanto, em uma corte que aplica sanções de natureza civil, em um caso delicado como o de um genocídio, que envolve trauma e todas as dificuldades dele decorrentes para a narrativa dos depoentes, a exigência se torna impossível de ser cumprida.

Com o elevado ônus da prova dirigido à Croácia e os depoimentos das vítimas sem peso probante, a CIJ acabou considerando que não havia provas para determinar a ocorrência dos estupros e demais atos de violência sexual como

sendo perpetrados pela JNA e demais milícias sérvias:

Na questão de se os atos que possam ser enquadrados no artigo II (d) da Convenção foram cometidos contra o grupo protegido, a Corte entende que a Croácia não demonstrou que estupros e outros atos de violência sexual foram perpetrados pela JNA e forças sérvias contra os croatas na intenção de impedir os nascimentos no grupo, e o *actus reus* do genocídio, conforme o sentido do artigo II (d) da Convenção não foi estabelecido. (CIJ, 2015, parágrafo 395-400, tradução nossa)

A CIJ, por fim, decidiu não ter havido genocídio nos Balcãs. Todas as vítimas que por dezesseis anos aguardaram o julgamento não tiveram o fechamento imaginado. Não foi dado o devido reconhecimento para sua dor e as atrocidades patrocinadas pela FRJ. Todo o seu esforço narrativo e de superação do trauma restaram infrutíferos. A Corte perdeu a oportunidade de reescrever a memória do conflito e cumprir seu dever de promover a paz e a solução dos conflitos. Para Humphrey³⁴

Aqueles que não podem evitar os legados da violência em massa são aqueles que precisam continuar vivendo juntos depois de tudo. Para eles a tarefa imediata é primeiro, prevenir que a violência retorne e segundo, reconstruir uma sociedade nacional justa. Uma estratégia para prevenir o retorno da violência e parar os efeitos da violência passada assombrar as relações individuais e sociais é confrontar o passado. Recordação pública do passado através dos testemunhos das vítimas é a principal estratégia para revelar e curar, seja por intermédio de julgamentos ou tribunais.

Sequer houve a abertura de uma sessão na sentença concernente a reparações às vítimas. A Corte se limitou a “encorajar as partes a continuar cooperando para oferecer uma reparação apropriada às vítimas, de modo a consolidar a paz e a estabilidade na região.” (CIJ, 2015, parágrafo 522-523, tradução nossa)

O resultado deste julgamento sinaliza para o grande abismo que tem separado as preocupações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e aquela do Direito Internacional público geral.

A preocupação com a estabilidade da jurisprudência foi um fator que pesou na

sentença. A Corte já havia se pronunciado negativamente com relação ao caso da Bósnia e alterar sua jurisprudência significaria a instabilidade jurídica internacional. Outro ponto que influi é de natureza política. A Sérvia é candidata a ingressar na União Europeia e uma sentença de genocídio poderia ter consequências imprevisíveis do ponto de vista da pretensão sérvia. Na balança da justiça internacional a proteção do Estado pesou mais do que as vítimas.

Felizmente, o ilustre juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, ex juiz e presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, trouxe um voto dissidente que sinaliza para a possibilidade de abertura na Corte Internacional de Justiça para a discussão dos Direitos Humanos e o papel dos indivíduos no contencioso interestatal.

Antônio Augusto Cançado Trindade possui uma interessante carreira jurídica internacional. Com uma orientação abertamente ligada aos Direitos Humanos, ele é hoje, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes nomes do Direito Internacional no mundo.

A sua indicação para compor a Corte Internacional de Justiça em 2008, veio após sua expressiva carreira na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a que ele teve a oportunidade de presidir e, na ocasião, promover uma abertura para a participação das vítimas nos procedimentos.

Bastante significativo o fato de que um juiz e acadêmico voltado a área de Direitos Humanos tenha obtido a maior votação na Assembleia Geral e Conselho de Segurança para compor a CIJ em sua história.

Assim, foi com bastante interesse que a comunidade internacional aguardou o posicionamento do juiz acerca do *high profile case* Croácia vs. Sérvia. O voto dissidente de Cançado Trindade não decepcionou com 142 (cento e quarenta e duas) páginas e 547 (quinhentos e quarenta e sete) parágrafos. Seu posicionamento com relação ao caso, expresso de forma veemente, trouxe o alento que se esperava de um posicionamento verdadeiramente voltado para atender a razão de ser da Convenção de Genocídio: proteção dos indivíduos contra as barbáries patrocinadas por seus Estados ou com sua convivência.

O voto se pauta, como esperado, na valorização da proteção dos indivíduos que mais sofreram com a Guerra nos Balcãs. A verdadeira

preocupação orientada para a realização da justiça para os homens (*justiciables*) e não para os Estados se expressa logo no primeiro tópico abordado no voto: a demora de dezesseis anos para entregar o julgamento.

Estes fatos falam por si próprios, com os lamentáveis atrasos no julgamento do presente caso, tendo em mente em particular aqueles que buscam a justiça. Infelizmente, como eu já apontei em outras ocasiões recentes nesta Corte, o tempo da justiça humana não é o tempo dos seres humanos. (CANÇADO TRINDADE, CIJ, 2015, p. 7, tradução nossa)

O magistrado segue seu voto analisando a questão da especificidade dos tratados de Direitos Humanos. Para Cançado Trindade, as consequências jurídicas de a Convenção de Genocídio ser considerada um tratado de Direitos Humanos implica que os efeitos aplicáveis aos tratados dessa natureza necessariamente lhes sejam aplicáveis:

Está claro que a Convenção de Genocídio não é um acordo sinalagmático, em que os Estados partes se comprometem um ao outro, ela não simplesmente cria direitos e obrigações entre Estados partes de forma bilateral. Como tratado de direitos humanos, ela cria um mecanismo de garantia coletiva. No meu ponto de vista, não é suficiente afirmar (ou reafirmar), como fez a CIJ há quase duas décadas, que a Convenção de Genocídio de 1948 é um tratado de Direitos Humanos, é preciso extrair as consequências legais disso. (CANÇADO TRINDADE, CIJ, 2015, pp. 12-13, tradução nossa)

Tendo em vista a especificidade da matéria que envolve os tratados de Direitos Humanos e a necessidade de proteção dos vulneráveis, Cançado Trindade discorda da interpretação da Corte dada ao tema da sucessão de Estados.

O dever geral de proteção, típico dos tratados de Direitos Humanos, implica que seus efeitos perdurem durante a sucessão de Estados. Não há que se questionar acerca da sucessão da SFRY pela FRY e em que momento ela ocorreu, afinal, a sucessão em termos de tratados de Direitos Humanos é automática.

Este fenômeno da sucessão automática se extrai da própria natureza do tratado. Caso assim não fosse, os indivíduos (objeto de proteção da Convenção) ficariam vulneráveis nos momentos

de maior instabilidade social e política que é a morte de um Estado e surgimento de um novo. Para Cançado Trindade (2015, p. 13, tradução nossa)

Nestas circunstâncias, seria injusto para as vítimas se nenhuma responsabilidade pudesse ser reivindicada pelo cometimento de atos condenados internacionalmente e suas consequências estendidas no tempo. Argumentar que a responsabilidade desaparece com a dissolução do Estado tornaria irrelevante a Convenção de Genocídio. Um ato proibido internacionalmente e a permanência de suas consequências não podem permanecer sem punição e sem reparação pelos danos.

Além da sucessão automática nos tratados de Direitos humanos, as provas documentais permitiam inferir que a própria Sérvia (FRY) comportou-se como sucessora da antiga Iugoslávia (SFRY).

Essa questão da sucessão de Estados tomou grande parte da atenção da Corte que se ateve demasiadamente nestas considerações procedimentais de competência. A discussão da CIJ ao focar no debate de competência não se dedicou à discussão da universalidade e o dever geral de proteção que perpassam os Direitos Humanos.

Cançado Trindade buscou trazer a discussão das regras procedimentais e técnicas de sucessão dos Estados com viés para a especificidade da Convenção de Genocídio e sua orientação para a proteção das vítimas.

O Estado foi criado para proteger os indivíduos e não pode ser percebido como um fim em si mesmo. A Convenção de Genocídio oficializa esse direito de proteção que, muitas vezes, é atropelado por políticas de atrocidades que vitimizam civis e desmancham sociedades. Para Cançado Trindade (2015, p. 20, tradução nossa)

Os direitos protegidos (...) são inerentes à pessoa humana, e devem ser respeitados pelos Estados. Os direitos protegidos são superiores e anteriores aos Estados, e precisam ser respeitados por eles, por todos os Estados, mesmo na ocorrência de rupturas e sucessões. Foi necessário muito sofrimento e sacrifício para as gerações aprenderem isso. O supramencionado *corpus juris gentium* é indivíduo-orientado,

vítima-orientado e não Estado-soberano-orientado.

Ao traduzir a discussão procedimental em termos dos direitos humanos, Cançado Trindade humanizou o debate técnico, demonstrando o dever dos Estados em proteger os mais vulneráveis. Dever este que está na base da sucessão automática que pauta essas Convenções e, no caso de genocídio, se tornou uma proibição de direito internacional geral cogente (*jus cogens*) que independe da vinculação voluntarista à Convenção.

A discussão crua de sucessão do Estado (SFRY – FRY) perdeu de vista que o objetivo da Convenção de Genocídio é a proteção da população civil que, nas ocorrências de dissoluções violentas de Estados (como o caso da SFRY), ficam em extrema vulnerabilidade. Certamente foge ao telos da Convenção sua inaplicabilidade a Estados dissolvidos.

O debate preliminar de competência ocupou em demasia os trabalhos da Corte, sendo que as próprias partes não se interessaram tanto nesta discussão procedimental, mas sim preferiram focar seus esforços argumentativos no mérito da causa (a existência ou não do genocídio).

Durante seu voto, Cançado Trindade desenvolve sua linha argumentativa específica para o tratado em questão. Sendo a Convenção de Genocídio reconhecidamente direitos humanos, nada mais correto que desenvolver o raciocínio específico da área ao tratar da sua aplicação. Para Cançado Trindade (CIJ, 2015, pp. 24-26, tradução nossa).

A concepção de direitos humanos fundamentais e inalienáveis está fortemente gravada na consciência jurídica universal, apesar de haverem variações em sua enunciação ou formulação, o conceito marca presença em todas as culturas, e na história moderna do pensamento humano de todos os povos.

(...) Existe, em resumo, no direito internacional contemporâneo (convencional e geral), uma consciência maior, em uma escala universal, do princípio da humanidade. Graves violações de direitos humanos, atos de genocídio, crimes contra a humanidade, entre outras atrocidades, são proibições absolutas de *jus cogens*. O sentimento de humanidade (*humaneness*) permeia todo o corpo jurídico contemporâneo do direito internacional.

A proteção dos vulneráveis necessariamente deve implicar a responsabilização dos Estados e não apenas dos indivíduos que cometeram as atrocidades. A imputação individual se complementa com a responsabilidade do Estado, através da CIJ de acordo com o artigo IX da Convenção.

Assim, Cançado Trindade discordou da Corte no tema do ônus da prova e sua valoração. O magistrado colacionou extensa base jurisprudencial das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos em que foi adotada a inversão do ônus da prova e a possibilidade de inferir a violência a partir de indícios como covas comuns (em massa) e as expressões de trauma nos sobreviventes.

Apesar de a CIJ estar trabalhando com a responsabilidade estatal em um tratado de Direitos Humanos, lamentavelmente, a jurisprudência das cortes específicas, colacionada por Cançado Trindade, não foi considerada ou sequer utilizada como um norteador na distribuição do ônus da prova. Certamente o *beyond reasonable doubt*, utilizado no direito doméstico e nos tribunais penais, não se aplica às punições cíveis aplicadas pela CIJ e impede a reparação tão esperada pelas vítimas. Mais uma vez, a solução jurídica não contribui em termos de solução do conflito e prevenção de novas atrocidades. Nas palavras de Cançado Trindade (2015, p. 42, tradução nossa)

Padrões generalizados e sistemáticos de destruição são carregados entre a propaganda ideológica, sem qualquer limitação moral, disfarçando a brutalidade e qualquer responsabilidade e apagando os sentimentos de culpa. Tudo se perde na entidade orgânica e totalitária. Estes assassinatos em massa frequentemente são cometidos sem qualquer reparação aos familiares das vítimas. Além disso, nem todas essas atrocidades são levadas aos tribunais internacionais. Quanto àqueles que foram levados, em um julgamento internacional que torna os elementos do genocídio muito difíceis de serem determinados, pode manter a sombra da impunidade e criar uma situação de falta de lei, contrária ao objeto e propósito desta Convenção.

A prova da ocorrência do genocídio, para Cançado Trindade, deveria ter sido obtida a partir da vasta documentação que sinalizava a ocorrência de um ataque generalizado e

sistemático contra famílias inteiras, lares, símbolos culturais. Além de mortes aleatórias que objetivavam assustar os croatas para que eles abandonassem a cidade e fugissem para a área onde seriam permitidos (fora do território da Grande Sérvia).

Ao contrário da postura da Corte, o magistrado considerou os depoimentos juntados nos anexos do memorial da Croácia como indícios e matérias de prova do genocídio ocorrido, dando força às palavras das vítimas. Para Cançado Trindade os estupro descritos pelos sobreviventes tinham uma conotação de eliminação do grupo dando-lhes uma nova etnia (CIJ, 2015, p.70, tradução nossa)

Os exemplos fornecidos, os testemunhos relativos ao cometimento contínuo de estupro em distintas municipalidades, evidenciam o generalizado e sistemático padrão de estupro de membros da população croata, infligindo humilhação às vítimas. Estes depoimentos, a seguir referidos, formam parte da evidência submetida pela Croácia, de modo a ilustrar as numerosas alegações de estupro nas distintas municipalidades e demonstrar o padrão sistemático destas violações.

Foi também com base nos depoimentos das vítimas que o magistrado se baseou para identificar o uso das tarjas brancas nos braços de modo a destacar parcela da população, estigmatizá-la para discriminá-la na comunidade.

Na fase escrita dos procedimentos, Croácia alegou, em seus memoriais, que, em certas municipalidades, a população croata foi requerida a se identificar e às suas propriedades com faixas brancas ou outras marcas distintivas. Ela submeteu vários depoimentos de testemunhas referentes a esta prática da Sérvia. Com base nas evidências probatórias (e depoimentos das vítimas), parece que a prática de marcar croatas com faixas brancas era generalizada, a razão era identificar e destacar croatas e sujeitá-los a vários níveis de humilhação, como trabalho forçado, violência e limitações a sua liberdade de movimentação. (CIJ, 2015, p.95, tradução nossa)

O voto dissidente ainda destinou atenção ao sofrimento das vítimas que sobreviveram ao massacre e tiveram entes queridos desaparecidos.

A ausência de um funeral ou possibilidade de vivenciar o luto impede que o conflito possa ser finalizado e a sociedade possa seguir em frente.

O desaparecimento forçado é um crime permanente e seus efeitos catastróficos desestruturam a sociedade de forma perene. O número de famílias desfeitas e o luto mal elaborado causa um efeito devastador na formação da memória individual e, quando o fenômeno se alastra por toda a sociedade, na memória coletiva.

O luto é uma estrutura social importantíssima na socialização das experiências de dor. O desaparecimento não permite que esta estrutura se realize, causando uma quebra no tecido social e o isolamento dos sobreviventes e seus familiares do restante da comunidade.

A experiência de Cançado Trindade na Corte Interamericana de Direitos Humanos lhe permitiu uma compreensão mais adequada dos efeitos dos desaparecimentos na vida familiar e social de uma dada comunidade. A opção da CIJ em exigir prova do sofrimento para os desaparecimentos destoava da jurisprudência das cortes de Direitos Humanos. Em seu voto dissidente podemos perceber a orientação diferenciada:

Os efeitos do desaparecimento forçado de pessoas nos familiares são devastadores. Ele destrói famílias inteiras, levadas à agonia ou desespero. Eu aprendi isso com minha própria experiência na atividade judicante internacional de casos como esse. No presente julgamento, a CIJ não parece ter compreendido a extensão desses efeitos devastadores. Exigir dos parentes, como fez (para. 160) mais prova (do sofrimento), de modo a enquadrar no artigo II(b) da Convenção de Genocídio, configura uma verdadeira "probatio diabolica"! (CANÇADO TRINDADE, 2015, p.86, tradução nossa)

A importância do reconhecimento da dor é fundamental para se reconciliar as sociedades e reconstruir nações. Humphrey³⁵ observa que os projetos de memória pública se baseiam em dois caminhos diferentes: reconciliação ou justiça. A reconciliação depende da vontade estatal que, na maioria das vezes, não possui força ou desenvolvimento institucional para promover um julgamento. Daí a importância da justiça

internacional que supre essa ausência de uma justiça interna.

A ideia de reconciliação perpassa a construção de uma memória que englobe as manifestações das vítimas que devem ser reintegradas à comunidade política. A paz e estabilidade em um Estado se relaciona com a sua estrutura social, isto fica claro quando olhamos ao próprio caso da Iugoslávia, em que um caldeirão social levou à sua dissolução violenta.

As Comissões da Verdade pelo mundo e, em alguma medida, as Cortes regionais de Direitos Humanos têm se baseado nos testemunhos das vítimas para a construção da verdade judicial e, tangencialmente, a memória do conflito. As relações sociais são reconstruídas por intermédio das vítimas. “O sofrimento individual é o fulcro usado para converter o efeito da repressão em um veículo de reconstrução social(...) as políticas de testemunhar o trauma é uma estratégia para a reconstrução social”³⁶

Esta reconstrução da memória por meio dos testemunhos e participação das vítimas se torna especialmente importante quando abordamos a destruição de templos e demais monumentos culturais que são consumidos no conflito e, no contexto do genocídio, com a intenção de eliminar as expressões simbólicas do grupo.

A destruição da cultura é indício da ocorrência de um genocídio e contribui para o desenraizamento das vítimas, aumentando sua desconexão com o corpo social. Os indivíduos se relacionam em uma sociedade por meio de elementos simbólicos que os fazem pertencentes àquela cultura comum. A destruição destes elementos destrói os laços sociais. A cultura não pode ser desvinculada das discussões de reconstrução do Estado e a possibilidade de uma paz duradoura.

O elemento cultural, infelizmente, não foi considerado adequadamente pela Corte que não deu a devida importância para o simbolismo da destruição de prédios e símbolos vinculados com a cultura do povo. O entendimento limitou-se a considerar que a destruição de templos não está contemplada no artigo II da Convenção (parágrafos 388-389). Cançado Trindade, novamente trouxe à CIJ a orientação dos Direitos Humanos para tal discussão:

No meu entendimento, esta forma de destruição é relacionada com a destruição física e biológica, pois indivíduos vivendo

em grupos não podem prescindir dos seus valores culturais, e, em qualquer circunstância, em qualquer circunstância (mesmo em isolamento), de suas crenças espirituais. A vida em si mesma, e as crenças que ajudam as pessoas a encarar os mistérios que as cercam, caminham juntos. O direito à vida e o direito a uma identidade cultural caminham juntos, eles são irrelutantemente interligados. Destruição física e biológica é interrelacionada com a destruição da identidade do grupo como parte de sua vida, de suas condições de vida. (CANÇADO TRINDADE, 2015, p. 114, tradução nossa):

A importância dada por Cançado Trindade às destruições dos símbolos culturais para a configuração *actus reus* do genocídio se densifica quando o magistrado enumera diversos depoimentos de testemunhas que corroboram a violência generalizada contra o grupo específico e direcionada à população civil e não combatente.

Parece-nos de extrema relevância a importância dada pelo magistrado da CIJ aos depoimentos. Foi motivado pela fala das vítimas que o genocídio tornou sólido no voto dissidente. Foi o testemunho que demonstrou o ataque generalizado e padronizado das tropas da JNA e milícias sérvias.

A fala das vítimas adquire importância no bojo do processo e contribui para a construção de uma história, uma narrativa que dá significado aos ataques isolados comparando-os com as descrições das vítimas de diversas municipalidades, contrapondo-os e os colocando em um quadro único que sinaliza o genocídio nos Balcãs.

A importância dos depoimentos individuais, colocados em conjunto, constroem o quebra-cabeças da memória social. Nas palavras de Cançado Trindade (2015, p. 123, tradução nossa):

Na minha percepção, os depoimentos das testemunhas em sua totalidade fornecem evidência do ataque generalizado e sistemático de destruição que ocorreu naquelas municipalidades atingidas por extrema violência. O padrão de destruição generalizado e sistemático, como estabelecido no presente caso, consiste em generalizada e sistemática perpetuação dos atos proibidos (graves violações) pela Convenção de Genocídio.

A análise das provas do processo em conjunto com os depoimentos, não permitiria outra conclusão que não a da existência de um genocídio na Croácia. No entanto, a CIJ considerou que não haviam provas da intenção (*mens rea*) necessário para a configuração do crime.

A conclusão a que chegou a Corte, além de desconsiderar os depoimentos que foram cuidadosamente avaliados por Cançado Trindade, deixou de considerar qualquer forma de reparação às vítimas, ainda que a própria CIJ já tenha abertura às reparações.

5. CONCLUSÃO

A complexidade do tema proposto e as inúmeras lentes pelas quais poderíamos ter abordado este objeto de estudo tornam árdua esta conclusão.

Propusemo-nos a provocar no leitor uma reflexão sobre o papel simbólico de um julgamento internacional e a importância que aquele procedimento tem na formação da memória dos conflitos e o impacto disso na vida das vítimas e sobreviventes.

Julgamentos são revestidos de formalidades para imbuí-los da necessária imparcialidade esperada de um órgão judicante. No entanto, um julgamento que envolva uma criminalidade excepcional, extraordinária (como é o caso dos crimes contra a humanidade e genocídio) deve ser tratado com cautela.

Os crimes contra a humanidade e genocídio são cometidos em um contexto de esfacelamento de todo um tecido social. A sociedade inteira sofre e se desfaz. O julgamento, portanto, se insere em um contexto de exceção e se coloca de frente a uma sociedade que luta por recompor seus laços. O judiciário pode contribuir na construção de uma narrativa que possibilite àqueles indivíduos que se vitimizaram a voltarem a viver juntos.

Tornar-se responsável pelos atos, reconhecê-los, é vital para a reconstrução de sociedades pós-conflito. É inegável que frente a uma criminalidade dessa natureza o órgão judicante tem o dever de garantir essas responsabilizações. Nesse sentido ela faz mais do que um mero julgamento neutro e impessoal, ela constrói as bases de um futuro mais ou menos promissor.

Este papel simbólico do julgamento tem sido abordado pelas Cortes internacionais especializadas em Direitos Humanos (como a

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, etc) que possuem abertura para o acolhimento das vítimas e seus testemunhos nos procedimentos.

Lamentavelmente, a Corte Internacional de Justiça, pudemos ver, ainda é resistente em reconhecer seu papel nesta reconstrução pós-conflito. Este distanciamento da CIJ para os assuntos ligados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com a realidade que o próprio órgão vem enfrentando.

Somente nos anos 1990 dois casos envolvendo descumprimentos da Convenção de Genocídio (uma das *core conventions* do Direito Internacional dos Direitos Humanos) foram submetidos à apreciação da Corte. As demandas ajuizadas pela Bósnia e pela Croácia em desfavor da Ex-Iugoslávia (Sérvia) pela Guerra nos Balcãs.

Conforme pudemos identificar ao estudar o caso desses julgamentos, a Corte lidou com dificuldades com a especificidade da matéria, não houve abertura para a participação das vítimas, além de uma excessiva proteção do Estado, através de uma distribuição questionável do ônus da prova e falha na sua valoração.

A decisão da Corte não contribuiu, portanto, para o reconhecimento do sofrimento das vítimas, perdendo a oportunidade de somar na reestruturação social e superação dos ódios. Ainda mais grave é a inexistência das reparações, deixando as vítimas completamente desamparadas e entregues a suas próprias dores. Para Cançado Trindade (2015, p. 130, tradução nossa)

Nos conflitos violentos que formam o contexto factual do presente caso entre Croácia e Sérvia, as numerosas atrocidades cometidas (tortura e matança em massa, violência extrema em campos de concentração, estupros e outras violências sexuais, desaparecimentos forçados, expulsões de deportações, condições insuportáveis de vida e humilhações de vários tipos, entre outros), além da vitimização de milhares de pessoas, fez o ódio contaminar a todos, e decompor o *milieux* social. As consequências, em uma perspectiva de longo prazo, são, da mesma forma, e sem surpresa, desastrosas, dado o ressentimento transmitido de geração em geração.

A discussão sobre reconciliação e o papel da justiça internacional na superação dos conflitos a partir do reconhecimento das vítimas, encontrou espaço no voto dissidente de Cançado Trindade. A tese esboçada no presente trabalho encontra reverberação no voto que reconhece a importância da CIJ e da justiça internacional na promoção da paz e proteção dos direitos humanos.

Não há possibilidade de superação de conflitos em uma sociedade sem que, de alguma forma, haja uma resposta que aplaque os ódios e promova uma nova narrativa social por intermédio da construção da memória. Não existe memória sem consideração do trauma e suas consequências devastadoras na vida dos indivíduos.

A CIJ confrontou-se, na presente demanda, com um desafio para sua jurisprudência: a necessidade de repensar o seu papel no direito internacional dos direitos humanos. A orientação tradicionalmente voltada à proteção dos Estados e um conceito clássico de soberania chocou-se com as funções estatutárias que se espera da Corte enquanto órgão que contribui para a pacificação social.

Como bem aponta Cançado Trindade em seu voto dissidente a opção adotada pela Corte em desconsiderar os depoimentos das

vítimas e estabelecer um alto ônus da prova tornou praticamente impossível provar a responsabilidade estatal. Qual será o efeito dessa decisão nos casos futuros ou para o ânimo dos Estados que pretendam discutir a Convenção de Genocídio?

Ao não responsabilizar o Estado, a decisão da Corte olvidou-se da necessidade de se trabalhar a prevenção ao crime, prevista logo no título da Convenção. A preocupação com a soberania estatal perdeu de vista o sentido último da Convenção: a proteção dos indivíduos mais vulneráveis e a garantia de que tais atos não voltem a ocorrer.

A prevenção deve se voltar, ainda, ao tema do reconhecimento da dor dos sobreviventes para atingir a reconciliação e reparação às vítimas. A responsabilização do Estado é uma maneira de honrar a memória daqueles que se foram, humanizando os desumanizados e reescrevendo a narrativa de caos e ódio para uma de compreensão e reconciliação. “Existe aqui o primado da preocupação com as vítimas da crueldade humana, como ao final, a *raison d’humanité* prevalece sobre a *raison d’État*” (CANÇADO TRINDADE, 2015, p.142, tradução nossa)

NOTAS

1. GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: Para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 55.
2. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 93.
3. GARAPON, op. cit.
4. LAGROU, Pieter. 'Historical trials': getting the past right – or the future? In DELAGE, Christian; GOODRICH, Peter. *The Scene of the Mass Crime: History, Film and International Tribunals*. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2013.
5. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A visão humanista do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
6. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3 volumes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 75.
7. CANÇADO TRINDADE, op. cit., 2003.
8. CANÇADO TRINDADE, op. cit., 2003, p. 45.
9. Relevante apontar a Resolução da Assembleia Geral da ONU número 40/34 de 1985 que trata especificamente do dever dos Estados em promover a proteção das vítimas e investigar/punir os agressores.
10. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Esencia y Transcendencia (Votos en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1991-2006)*. México: Editorial Porrúa: Universidad Iberoamericana, 2007.
11. SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
12. CANÇADO TRINDADE, op. cit. 2003.
13. "We need to rebuild people, not just buildings" (citado por HUMPHREY, 2002, p. 72).
14. CANÇADO TRINDADE, op. cit., 2013.
15. SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Liv. Del Rey Editora, 1999.
16. SEIBERT-FOHR, Anja. The ICJ judgment in the Bosnian Genocide case and beyond: a need to reconceptualise? In SAFFERLING, Christoph; CONZE, Eckart. *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*. The Hague: Asser Press, 2010, p. 249.
17. SEIBERT-FOHR, Anja, op. cit., p. 245.
18. ANDERSON, Benedict R. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
19. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
20. GUTMAN, Roy. *A witness to genocide: the 1993 Pulitzer Prize-Winning dispatches on the "ethnic cleansing" of Bosnia*. New York: Macmillan Publishing Company, 1993.
21. DELAUNY, Guy. *Srebrenica massacre anniversary: Crowds chase Serb PM away*. BBC, 11 de julho de 2015. Disponível em <<http://www.bbc.com/news/world-europe-33491540>> Acesso em 10 de outubro de 2015.
22. SCHMITT, Paul. The failure of Genocide suits at the International Court of Justice: France's role in Rwanda and Implications of the Bosnia v. Serbia decision. *Georgetown Journal of International Law*, Georgetown, v. 40, pp. 585-623, 2008-2009.
23. Dusko Tadic (IT-94-1).
24. ABASS, Ademola. *Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the international commission of inquiry for Darfur*. Fordham International Law Journal, New York, v. 31, pp. 871-910, 2007-2008.
25. *Mens rea* é o fim especial de agir exigido para configurar o crime de genocídio. Trata-se do dolo em destruir no todo ou em parte aquele grupo em razão de sua afiliação étnica, religiosa, etc.
26. Águias Brancas é o nome dado a uma das milícias sérvias.
27. CARUTH, Cathy. *Unclaimed Experience: Trauma, Narrative, and History*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.
28. Para Ricoeur *mimese* seria a representação interna feita pelo indivíduo de uma determinada ação. *Muthos* é a colocação daquele fato em uma ordem. Da relação entre *mimese* e *muthos* surge a narrativa que constituirá a memória. No entanto, quando o evento a ser gravado for considerado um trauma as

- resistências psíquicas da vítima ficam abaladas o que impede que a experiência seja significada, consequentemente, o evento ficará sem a representação interna gerando o colapso do mecanismo mimese/muthos.
29. RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas (SP): Papirus, 1994-3v.
30. CARUTH, op. cit.
31. LEVY, Sofia Débora. *Holocausto: Vivência e Retransmissão*. São Paulo: Perspectiva: Conib, 2014.
32. HUMPHREY, Michael. *The Politics of Atrocity and Reconciliation*. New York: Routledge, 2002, p. 76.
33. HUMPHREY, Michael, op. cit.. p. 91, tradução nossa.
34. HUMPHREY, Michael, op. cit.. p. 105, tradução nossa.
35. HUMPHREY, Michael, op. cit.
36. HUMPHREY, Michael, op. cit.. p. 106, tradução nossa.

